DISPVTATIONVM IVRIS VARIARVM,

Ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellæ, & illis similium, tam ex iure Neapolitano, quam ex vtroque Communi Ciuili, & Canonico.

LIBRI PRIMI.

DE IVDICIIS,

TOMVS POSTERIOR.

Continens Titulos vltimos de Iudicijs in genere Iudicio executiuo, & Concursu Creditorum.

AVCTORE

D.D. THOMA CARLEVALIO HISPANO

Patritio Baecensi, Philosopho, Theologo, & Iurisconsulto, olim in Baecensi Academia ingenuarum Artium Professore.

POST IN SACRO SVPREMO IVSTITIÆ Consilio Regni Neapolitani Regio Consiliario,

Opus Theoricopracticon omnibus, tàm in Scholis, quàm foro versantibus vtilissimum, ac ferè necessarium.

Cum summis in cuiusque Disputationis Capite, & suis locis insertis multis Decisionibus eiusdem Sacri Regij Consilij Neapolitani.

Adiecto duplici Indice, altero Argumentorum Disputationum hoc Opere contentarum, altero Sententiarum insignium copiosissimo.

Prima editio Venetijs cum additionibus suis locis insertis.



VENETIIS, Apud Bertanos, M. DC. LX.

SVPERIORVM PERMISSV, ET PRIVILEGIO.



D·D· THOMAS CARLEVALIVS
AD LECTOREM.

HAbes (studiosè Lector) opus meum de Iudicijs perfectum, tribus distinctum titulis, vt promiseram, fidem meam solui. Admoneo vidisse me omnia loca, quæ allego originalia, neque vnquam ea transcripsisse ex alijs, fidens eorum testimonio, & allegatione; fastidiosus sanè, & prolixus labor, & qui scribendi munus non solum reddat molestum, sed etiam exosum, & detestabile, nostro præsertim tempore, in quo tot sunt libri.

quod Lepores in Atho, quot Apes pascuntur in Hibla.

Sequutus sum rationis ductum potiùs, quàm alienam authoritatem, veritatem, & iustitiam amplexus amantissimè noxios mihi hucusque comites; sed quos nunquam deserere, iuuante Deo erit in animo. Dices, qui fructus laborum tuorum, quodnam præmium studiorum? Odium, inuidia, despectus, tempus benè actum: Nonnè sunt dulces, & gratiosi fructus? Percipiuntur fortassè alij post hanc vitam, est enim futura alia post istam, in quà vnus dominus, qui vnicuique secundùm merita sua tributurus est, non ex aliorum iniuriosa, & mendaci relatione, sed ex vera, & iusta meritorum vniuscuiusque ponderatione, iuxta propriam, veram, & infallibilem notitiam, vbi non valebunt adulationes, non falsæ, & calumniosæ delationes, vbi non præualebunt, *qui dicunt, malum bonum, & bonum malum: ponentes tenebras lucem, et lucem tenebras ponentes amarum in dulce, et dulce in amarum*, interim quæ accidunt patienter ferenda sunt, & à me non sunt speranda plura scripta. Vale.

INDEX ARGVMENTORVM

Disputationum hoc Opere contentarum.

TITVLVS II.

De Iudicijs in Genere.

TITVLVS III.

De Iudicio Executiuo, & Concursu Creditorum.

iuxta

D.D.



D. THOMÆ CARLEVALII
REGII CONSILIARII.
Disputationum Iuris variarum.
LIBRI PRIMI DE IVDICIIS CONTINVATIO.
Dominus Illuminatio mea.

TITVLVS II.
De Iudicijs in genere.

SVMMA DISPVTATIONIS

Prima.

1 *Celebrari in iudicio quasi contractum communi sententia.*
2 *Ex quasi contractu iudicij resultat nouatio.*
3 *Voluntas duorum requiritur in quasi contractu, et valet argumentum à contractu ad quasi contractum.*
4 *Consensus fictus inuenitur in quasi contractu.*
5 *Iudicium redditur in volentem, qui potest euitare iudicium soluendo.*
6 *Ciuis consideratur, vt pars Reipublicæ, & vt singularis persona, et iudicium suscipit voluntarie, vt pars Reipublicæ, inuitus vt singularis persona.*
7 *In iudicijs criminalibus non celebrari quasi contractum sententia Baldi.*
8 *Contrarium est verius*
9 *Litis contestatione celebrari quasi contractum.*
10 *Per sententiam celebrari quasi contractum.*
11 *In iudicio celebrantur duo quasi contractus.*
12 *In iudicio celebrantur quasi contractus per alia emergentia.*
13 *Ex maleficio oriuntur obligatio, & actio ad pœnam vltra interesse.*
14 *Obligatio ad pœnam, an oriatur à tempore delicti.*
15 *Hypotheca in bonis delinquentis pro pœna fisci, an contrahatur à tempore delicti.*
16 *Obligatio fauore fisci ad pœnam, atque hypotheca non contrahuntur à tempore delicti.*
17 *Actiones pœnales ad hæres non transeunt.*

Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II.

18 *Pœna non debetur ante condemnationem in criminalibus.*
19 *Cùm dicitur delinquens obligatus ad pœnam, verbum,* Obligatus, *sumitur largo modo.*
20 *Obligatio ad pœnam non est obligatio orta ex consensu.*
21 *Hypothecam in bonis rei nunquam competere fisco quorundam sententia.*
22 *Hypothecam competere fisco à tempore litis contestationis in bonis delinquentis, qui dixerint.*
23 *Hypothecā in bonis delinquentis pro pœna a tempore sententiæ concedendam esse fisco.*
Fiscus semper habet hypothecam, ib.
24 *Hypothecam fisci à tempore sententiæ arguitur ex similitudine, quasi contractus cum contractu.*
25 *Quasi contractus litis contestationis obligat litigantem ad instantiam.*
26 *Hypothecam fisci pro pœna afficit bona rei, non tamen affert præiudicium creditoribus.*
Est similis hypotheca legatariorum, ib.
Qui tractat de lucro captando non prefertur ei, qui agit de damno vitando, ib.
Fiscus in pœnis tractat de lucro ibid.
27 *Hypotheca pro resarciendo damno sibi illato ex maleficio est priuilegiata.*
28 *Fiscus an sit præferendus creditoribus cùm agit pro interesse suo, & expensis factis pro capiendo malefactore, & incorporandis eius bonis confiscatis, & qui affirmauerit.*
29 *Sententia negatiua est verior.*
Fisco incumbit onus impensarum pro puniendis delinquentibus, ib.
Princeps nisi seruet Regnum securum, & iustitiam faciat absque subditorum grauamine, tenetur resarcire passis omnia damna, ib.
Principi possunt denegari introitus, qui debentur pro administranda iustitia, si deficiat in ijs, quę eius muneri incumbunt, ibidem.
Qui facit expensas pro capiendo, & puniendo delinquente po-

test eas à fisco recuperare, ib.

30 *Onus puniendi delicta incumbit fisco, pro quo recipit omnes introitus fiscales.*

Expensæ funeralium, & expensæ pro puniendo delicto in quo differant, ib.

31 *Cùm expensæ fisci cedunt in vtilitatem creditorum delinquentis fiscus præfertur illis omnibus creditoribus.*

32 *Fiscus præfertur priuato, cùm concurrunt pro exigenda pena.*

33 *Fiscū concurrere pro rata cum priuato exigenda pena applicata vnicuique pro parte.*

34 *In dubio esse iudicandum contra fiscum.*

35 *Intellectus* l. non puto ff. de iure fisci, *quæ probat contrarium scilicet in dubio esse iudicandum pro fisco.*

36 *Vbi ex eodem facto duo oriuntur creditores, neuter alteri præfertur, sed ambo concurrunt pro rato.*

Pacta contenta in instrumento eodem, & legata, etiam si ordine scripturæ vnum procedat alteri, ex eodem tempore sumunt vires, ib.

37 *Cùm ex eodem actu resultant duo creditores, inequales tamē priuilegio, vnus alteri potest præferri.*

38 *Hypotheca non competit fisco in bonis rei, quæ ipso iure fisco quæruntur.*

39 *Pæna imposita ipso iure non mandatur exequutioni nisi subsequatur sententia declaratoriam super facto, & nu. 40*

41 *Pœna, quæ non eget ministerio hominis, & executione exteriori, non indigedi sententia declaratoria.*

42 *Hæc limitatio est controuersa.*

43 *Pæna quoad effectus internos incurritur ipso iure, & non indiget sententia declaratoria, sed non potest sine illa procedi ad effectus externos ortos ex pæna.*

44 *Lex cum operatur interius per seipsam operatur super certo, & non potest errare, sed in effectibus exterioribus potest contingere error, & exempla.*

45 *Cùm iudex est competens ad exequutionem pœnæ incursæ ipso iure, non esse necessariam sententiam declaratoriam, qui senserint, & non est verum.*

46 *Cùm delictum est notorium, non opus est sententia declaratoria, vt pœna mandetur executioni.*

47 *Contrariam sententiam multi defendunt & nu. 48.*

49 *Notorium dicitur duobus modis.*

50 *Fiscus cedit creditoribus in pænis.*

DISPVTATIO I.

An, & quatenus in iudicio celebretur inter litigantes quasi contractus? De quasi contractu fisci cum reo. Et an ex delicto habeat hypothecam? De eius effectu erga alios creditores, & efficacia pœnarum ipso iure incursarum. An requirat sententiam declaratoriam?

1 Concors est omnium Iuristarum consensus, in iudicio celebrari inter litigantes quasi contractum, iuxta textu celebrem in *l. licet Prætor 3. §. idem scribit. ff. de pecul.* ibi, *nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi*, vbi notat *glossa, verbo, Iudicio contrahi*, latè declarat *Bartol. nu. 1. & sequentibus, Baldus in vtraque lectura, Angelus, Salicetus, Fulgosius in eadem leg. 3. §. si seruus, numer. 3. Paulus in §. si filius familias numer. 7.* iterum *glossa vltima*, iuxta textum ibid. *in leg. 2. §. vltim. ff. de prætor. stipulation. vbi Imola, & Paulus & Cumanus, numero 5. Fuluius Constantius in lege 1. numer. 106. in fine, cum numero sequenti. Cod. pœnis fiscal. credit. præferri, libr. 10. Felin. in Rubric. num. 23. de sentent. & re iudic. Gregor. Lopez in leg. 25. titul. 1. part. 7. gloss. 5. in princip. Didacus Perez in lege 1. titul. 3. libr. 3. Ordinamentum verbo, Contestando el pleito, post quæstion: 13. colum. 1866. versicul. Item nota Castillo in leg. 55. Tauri, verbo, En iuizio, Tepatus in compendio variarum, titul. 111. capit. 4. versicul. In iudiciis, dixi superiore tomo titul. 1. disputat. 2. num. 173.*

2 Neque solum quasi contrahitur in iudicio, sed etiam ex isto quasi contractu resultat nouatio quædam, nouaque actio, *l. aliam 29. ff. de nouat.* Vbi notant Scribentes. Per eam verò nouationem, nouæque actiones ortum non perimitur antiqua actio, neque actoris ius fit deterius, imò melioris conditionis, *d. aliam, l. 1. C. de iudiciis, vbi glossa verb. Vsurarum, & verb. Possis, Bartol. ibidem numer. 1. & 8.* Non enim fit deterior conditio eorum, qui iura sua in iudicium deduxerunt, quàm si non deduxissent; *l. non solet 87. leg. nemo 88. ff. de regulis iuris*, imò plerumque melior, notat *Cinus in leg. 1. ante num. 1. Salicet. numer. 1. Fulgos. numer. 1. Cod. ex delict. defunct.* dixique supra *titul. 1. disputat. 5. numer. 43. & disputat. 2. num. 173.*

3 Non obstat, quod quemadmodum in contractu requiritur voluntas contrahentium, cum contractus conuentio sit, & conuentio consensum vtrinque requirat, *leg. 1. §. conuentionis, cum §. adeò, & legibus sequentibus, ff. de pact.* ita etiam videatur requiri in quasi contractu, vt ex illo nascatur obligatio, nam ex contractu ad quasi contractum valet argumentum, *§. namque agit, vbi glossa verb. Et aliis, quibusdam modis, Institut. de actionib. leg. si pupilli 6. §. sed si quis ita, ff. de negot. gest. leg. impuberes 13. ff. de auctor. tut. Euerard. in locis legalibus, loco 37. à contractibus ad quasi contractus.* Cum igitur iudicium reddatur in inuitum, & non consentientem, *leg. inter stipulantem 83. §. si sticum, ff. de verbor. obligation.* non poterit in iudicio celebrari quasi contractus.

4 Non inquam, obstat, nam respondendum est. Primo post *Bartol. in dict. §. idem scribit. ex num. 10.* latissimè, iudicium reddi in inuitum, qui nullum habeat consensum actualem, neque tacitum, neque expressum. Posse tamen in iudicio quasi contrahi, quia in quasi contractu nullus requiritur consensus actualis, seu tacitus, siue expressus vtriusque contrahentis ad producendam obligationem; sed sat est consensus fictus, quem lex per fictionem inducit, ad producendam istam obligationem resultantem ex quasi contractu iudicij. Atque eatenus in hoc articulo posse duci argumentum à contractu ad quasi contractum, non vltra, cum dispar sit in vtroque ratio.

5 Secundò respondet *Salicet. in d. §. idem scribit*, iudicium reddi in inuitum, quia reus nollet compelli ad soluendum, reddi tamen ex altera parte in volentem, quia reus iudicium euitare potuit soluendo, & noluit, vnde videtur consentire, quòd stabit iudicis sententiæ, ideo per prolationem sententiæ obligatur, & quasi contrahitur.

6. Ter.

6 Tertiò melius respondetur, vnumquemque ciuem posse duobus modis considerari. Primò vt partem Reipublicę, simul cum alijs componentem vniuersitatis corpus, membrumque totius: altero vt singularem personam segregatam à reliquis. Quatenus membrum est Reipublicę, & vniuersitatis, concurrit in consensum communem, quo tota Respublica suæ conseruationis auida statuit, & consensit, vt constitueretur Magistratus, qui singulis ius redderet, & suum vnicuique tribueret, iustitiam administrans, cuique omnia Republicę membra obedirent, cùm non possit aliter, neque vigere pax, neque conseruari corpus vniuersitatis; de quo communi consensu participant singuli ciues, nullo dempto. In quo communi Reipublicæ totius, omniumque ciuium consensu prævio, & antecedenti fundatur, ex eoque resultat quasi contractus in iudicio celebratus, vt Magistratui obtemperetur, eiusque sententia obediatur. Quatenùs autem quilibet est singularis persona nollet ad iudicium duci, iudicique obedire. Quod eleganter expressit Hispanum prouerbium, *Todos queren iustitia, y ninguno por su casa.* Etenim vnusquisque odio habet iudicem, qui eius delictum puniat, quicum alteri iniuriam inferre non sinat, qui aliena, siue bona, siuè mala fide possessa restituere cogat: auersaturq; virginē illam inflexibilē scelerū vltricē aspero, & seuero vultu conuenientē, ancipiteque, & minaci gladio armatam, iustitiam, dico, omnibus inuisam, & odiosam, ideò dicitur, iudicium in inuitum reddi. Inuitum, inquam, si volantatē cōsequentem, singularemq; vniuscuiusque ius spectes, non si præuiam illam, & antecedentem omnium: nam vt vniuersi consentiunt, amplectunturque iudicem, ac iudicium, vt singuli, repugnant, inuitique trahuntur ad illud.

7 Istam tamen communem sententiam in iudicio celebrari quasi contractum limitandam credit *Bal. in l. 1. n. 14. C. ex delictis defunctor.* vt in iudicijs criminalibus locum non habeat, in quibus existimat, non celebrari quasi contractum. Quod ex eo probat, nam alioqui orietur actio ciuilis ex iudicio criminali.

Verùm communiter Doctores istam limitationē prętermittunt, quasi communi supponentes, ampliandam potius esse, consensu communē prędictam resolutionē, & quasi commune prouerbium, etiam ad iudicia criminalia, quemadmodum significant, *Angel. in l. si quis posthac 9. nu. 4. C. de bonis proscript. Salicet. & Fulgosius in d. l. 1. nu. 1. C. ex delict. defunctor.* & multi, quos inferius referemus. Quare existimo, *Baldi* sententiam veram non esse. Neq; quidquam facit eius fundamentum non est enim necessarium dicere, oriri actionem ciuilem ex quasi contractu in iudicio criminali, sed criminalē. Atq; tametsi diceremus, ex quasi contractu iudicij criminalis oriri actionem ciuilem, quę superadderetur criminali ortę ex delicto nullum quoque esset incommodum, cùm regulare esse in omnibus iudicijs, vt ex illis resultet noua actio notent *Scribentes in in d. l. aliam, ff. de nouationib.* quemadmodum aduertimus supra nu. 2.

9 Controuertunt tamen Scribentes in qua parte litis, & per quem iudicij actum celebretur iste quasi contractus, an, inquam per litis contestationem, an per sententiam. Et celebrari per litis contestationem affirmat *Gloss. in d. leg. 2. §. sed si lite, verb. Ex parte, ff. de prætor. stipul.* quam approbat, & sequitur *Angel. in leg. rescriptum 11. in princip. nu. 2. ff. de pactis, & in l. si quis posthac 9. num. 4. C. de bon. proscriptor. Paulus in d. leg. rescriptum, in princip. numer. 3. Cumanus in d. l. 2. §. sed si vnus, num. 5. & in d. l. aliam, nu. 10. ff. de nouat. Bal. in l. si magnum 13. numer. 4. C. qui accusat. non* poss. *Felin. in cap. significantibus 2. num. 14. versic. Est quædam principalis regula de libelli oblation. Gregor. Lopez in l. 25. tit. 1. par. 7. gloss. 3.*

10 Verum quasi contractum iudicijs celebrari per sententiam, asseruit eadem *Gloss. in dict. §. idem scribit, verbo, iudicio contrahi,* dum exponit, idest *sententia,* quam sequuntur *ibi Bartol. num. 1. Bald. num. 1.* & alij omnino ferè consensu.

11 Componunt tamen communiter DD. hanc glossarum discordiam, dicentes, in iudicio celebrari duos quasi contractus, primum per litis contestationem; alterum per sententiam: cum hoc tamen discrimine, quod per primum quasi contractum litis contestatione celebratum litigantes remanent adstricti instantiæ, & tenentur prosequi iudicium vsque ad sententiam, ita vt non possit vnus altero inuito à iudicio recedere, vt probat *text. in Authen. qui semel, Cod. quomodo, & quando iudex, & in cap. causam, quæ 3. de dolo, & contumat.* Habet etiam iste quasi contractus alios effectus, quos notat *Bartol. in d. §. idem scribit, num. 6. & 7.* & alij. Per secundum autem quasi contractu per sententiam mutuò obligantur parere sententiæ, eaque quia in sententia continentur proficere, & adimplere. Ita sentiunt *Bart. in d. §. idem scribit, num. 7. Bald. in 2. dictur. Sal. num. 20. Fulgos. in eadem leg. 3. §. si seruus, nu. 3. Paul. ibi in §. si filius familias, num. 3. ff. de pecul. Imola in d. leg. 2. §. sed si vnus, versic. In eadem glossa ibi, § idem scribit, ff. de prætor. stipul. Alexand. in d. leg. rescriptum 11. in princip. numer. 9. ff. de pact. Negusant. de pignor. 2. part. membr. 4. num. 16. Flam. Constan. in leg. vnic. numer. 107. Cod. pœnis fisc. cl. cred. præferri.*

12 Neque verò solum per litis contestationem celebratur in iudicio quasi contractus, sed etiam per, quæ emergunt ante litis contestationem, quamuis enim in eis lis non contestetur, tamen quasi contrahitur, vt probat textus expressus *in leg. de ætate 12. §. qui interrogatus, ff. de interrogator. actio.* notat *Bartol. in d. §. idem scribit, numer. 8. Canonistæ post gloss. in cap. prudentiam 21. §. sexta, verbo, Ex confessione, de offic. & potest. iud. deleg.*

13 Ex hac concordia infertur resolutio illius vexatissimæ, & quotidianæ, quamuis controuersæ quæstionis, an, & à quo tempore competat fisco hypotheca in bonis delinquentis pro pœna debita ex delicto. In qua, mirum est, quantum Doctores variauerint. Et vt incipiamus à radice, scilicet à principali obligatione, cui accessoria est hypotheca, *l. in omnibus 43. ff. de solut. l. contrahitur 4. leg. res hypothecæ 5. ff. de pignor. leg. etiam liberatur 6. ff. quibus mod. pignor. vel hypotheca solu.* notat *Negusant. de pignor. 3. part. membr. 1. ex num. 8.* certissimum est ex maleficio, prætertim vbi prima tum est delictum, oriri actionem in fauorem partis offensæ, non solum pro restauratione damni, & interesse, sed etiam pro pœna, quam leges ipsi parti applicandam statuunt, *Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. per totum titul. §. ex maleficijs cum seq. Instit. de act.* cum concordantib. Et quod consequens est, ex parte rei oritur obligatio ex maleficio, mater prædictæ actionis, ad satisfaciendum offenso damna incursa, & soluendam pœnam illi legibus designatam, *Institut. de obligat. quæ ex delict. in princip. & per totum.* Verum hæc actio, & obligatio, quamuis ex maleficio ortæ, sapiunt ciuilitatem, & personales sunt, non reales, operanturque suum effectum in beneficium offensi, non fisci. Quid vero seruandum sit, cum in iudicium deducuntur, statuunt apud nos Hispa-

nos *leg. 7. & 8. & 25. titulum 1. part. 7.* vbi notant *Gregorius* quoad hæc non est difficultas. Controuersia est de criminalitate, & pœna applicanda fisco, an obligatio ad eam contrahatur à tempore delicti, & an sub hypotheca.

14 In quo articulo nonnulli sentiunt, à tempore delicti contrahi obligationem ex parte rei obnoxij reatui, ex qua manet ad pœnam obligatus, ita sentit *Odofredus*, quem refert *Alberic. in l. post contractum, 5. numer. 2. ff. de donat.* dicens id esse certum *Franciscus Aret. in l. diuortio 8. in princip. num. 7. vers. Secunda autem ratio, ff. solut. matr.* cui sententiæ videtur acquiescere *gloss. in leg. 1. §. bestias, verb. Honorari ff. de postulan. Bartol. in l. ex hoc iure, num. 15. ff. de iust. & iur.* vbi ait, ex maleficijs oriri naturalem obligationem, item *Bald. in leg. seruus cuius 14. num. 2. versicul. Posset tamen dici, ff. de ijs, qui notantur infam. Angel. Perus. in leg. per omnes, Cod. de collat. fundor. patrimon. libr. 11. Angelus Aret. in §. ius autem gentium, num. 12. Instit. de iure natur. gent. et ciuil.* dum enim delinquens committit maleficium, videtur in pœnam consentire, conformans se legum dispositioni, *leg. Imperatores 34. ibi, ipse te huic pœnæ subdidisti, ff. de iure fisci, leg. 15. tit. 13. par. 2. post medium, et ibi gloss. 6.* ita fit, vt reus ex tempore delicti videatur cum fisco quasi contrahere, *Ioannes Lupus de Palac. Rub. in repet. Rubric. de donat. inter, §. 66. numer. 24. Molina de primogen. libr. 4. cap. 11. num. 8.* & penè acquiescere, *Lara in l. si quis à liberis, §. sed vtrum, num. 22. ff. de liber. agnosc. Azevedus in l. 1. num. 56. titul. 21. lib. 4. recopil. Thuscus liter. A. conclus. 151. num. 5. et 11. et lit. D. concl. 189.* ex quo quasi contractu, & consensu oritur prædicta naturalis obligatio.

15 Ex qua priori sententia consequens est altera, nempe à tempore delicti contrahi hypothecam in bonis delinquentis fauore fisci ad consequendam pœnam, quod simili modo certum esse dicit *Odofredus relatus ab Alberico vbi supra.* Eam amplectitur *Dynus relatus à Cino in l. si quis post hac 9. num. 5. Cod. bonis proscript.* eique fauet *Accursius in l. vnic. scholio 2. C. pœnis fiscal. cred. præferri, libro 10.* Vbi nulla facta temporem distinctione tribuit fisco Hypothecam in bonis delinquentis, motus authoritate *Azonis, qui in summa de priuilegio fisci num. 1.* Fisco tribuit hypothecam, non tamen, tàm generaliter, quàm *Accursio* refertur, sed limitatè in bonis delinquentis contra fiscum: Sequitur *Parladorius in sesquicenturia differentia 111. num. 14. & 15. et Garsias Toletanus ad titul. 7. num. 8. libr. 10. Codicis*, qui credit, id statutum esse de iure Castellæ *in leg. 9. titul. 3. part. 5.* Fundamentum est, quoniam fiscus semper habet hypothecam, *l. aufertur 46. §. Fiscus, ff. de iure fisci*, ergo ex illa naturali obligatione patiendi pœnam pro delicto, & ex illo quasi contractu, necessarium est, vt oriatur hypotheca in fauorem Fisci: quæ tametsi sit conditionalis, nempè sub conditione, si condemnatio sequatur, purificata tamen conditione retrotrahitur ad initium, & tempus delicti, *l. potior 12. §. 1. l. qui balneum 9. in fin. princip. ff. qui potiores in pign. habe.*

16 Verùm contraria sententia, quinimò ex maleficio, non oriri obligationem fauore fisci, qua delinquens maneat obligatus ad pœnam fisco acquirendâ: neque tunc temporis cum fisco quasi contrahi, & quod consequens est, non acquiri fisco hypothecam in bonis delinquentis ex tempore delicti, est communissima ferè omnium Doctorum sententia, & verissima. Quę ex eo probatur primò, quoniam si à tempore delicti fisco competeret hypotheca super bonis reorum, quoties reus alienaret bona post delictum non esse opus reuocatoria, sed posset per hypothecariam actionem ante alienationem quæsitam auocare bona à quocunque possessore, cum hypotheca adhæreat rei quocunque peruenerit, & res transeat cum suo onere in quemcunque possessorem *l. alienatio 67. ff. de contrah. empt. l. ad eum 76. §. Lucius, ff. de donat. l. si creditor 7. ff. de distract. pignor. leg. si debitor 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. sol. leg. traditio 20. §. quoties, ff. de acquir. rer. dom. in cap. ex litteris 5. in fin. & ibi gloss. vltim. de pignor. leg. 53. titul. 6. par. 1.* Sed fiscus contra alienationes factas à reo vtitur reuocatoria, quæ actio subsidiaria est, *leg. in fraudem 45. in princ. ff. de iure fisci, leg. post contractum 15. ff. de donation. leg. si quis post hac 9. Cod. de bonis proscript.* vbi Doctores communi consensu notant. Ergo fiscus non habet hypothecariam in bonis delinquentium.

17 Secundò, quoniam actiones pœnales ad hæredes non transeunt, *l. ex iudiciorum 20. ff. de accusat. leg. si pœna 20. ff. de pœnis, l. eius qui de latorem, in princip. ff. de iure fisci, §. non autem omnes inst. de perpetuis, & temporal. action.* Ergo pro pœnis non datur hypotheca: alioqui in hæredes, & omnes bonorum possessores pœna transiret.

18 Tertiò, quia pœna non debetur ante condemnationem in criminalibus, *l. si qua pœna 244. ff. de verb. signific.* ea ratione, quia pœna infertur officio iudicis, *§. in summa, instit. de iniurijs*, ac per consequens nullam præsupponit obligationem, *l. eum postulassem 44. in princip. ff. de damno infect. leg. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. empt.* Quibus rationibus motus delinquentem non esse debitorem pœnæ à tempore delicti, asseruit, *Bartol. in leg. de iniuria vlt. num. 3. ff. de iniurijs, & in d. leg. in fraudem 45. in fin. princip. & in leg. aufertur 46. §. fiscus num. 1. ff. de iure fisci, & in l. post contractum 15. num. 16. ff. de donat. & in extrauaganti, qui sint rebelles, verbo, Meretur, Albericus in d. l. post contractum num. 2. Salicet. in d. l. si quis post hac 9. num. 10. Cod. de bon. proscript. Ioann. de Anania in rubr. a num. 11. extra de furtis, Ant. Gom. tomo 3. variar. cap. 14. num. 3.* sensit *Barba in l. hæres absens, §. proinde in art. de for. delicti, num. 177. ff. de iudicijs.* Ego dixi cum pluribus, quos retuli supr. *titul. 1. disput. 2. num. 850.* Ex quo consequens est à tẽpore delicti non posse constitui hypothecam in fauorem fisci pro consequenda pœna quippè cùm non possit hypotheca oriri nisi sit obligatio principalis, cui accedat, quia non potest esse accidens sine substantia, *leg. fideiussor. obligari 17. in princip.* vbi notat *Bartol. ff. de fideiussor. Negus aut. de pignor. 3. par. membr. 1. n. 9. Surdus decis. 271. numer. 4. & consil. 243. numer. 10. Gaspar Roderic. de annuis reddit. libr. 2. quæst. 9. nu. 52. vers. Imò videtur.*

19 Ad fundamenta contrariæ sententiæ respondendum est, cùm delinquens dicitur obligatus ad pœnam, vel sumi verbum *obligatus* largo modo, vt ait *Bartol. in d. leg. vltim. ff. de in iur.* vel agitur de obligatione, & actione quæ sita offenso ex *num. 9.* delicto forsan priuato, de qua diximus supra *num. 13.* non de obligatione quæ sita fisco, in qua possit fundari hypotheca.

20 Neque satis est improprius ille consensus, quo delinquens in pœnam videtur consentire. Quoniam vel ex consensu vnius, sine concursu alterius consensus numquam oritur obligatio naturalis, vt notat *Bald. in l. 1. §. Bestias, num. 1. ff. de postulan.* vel potius ille quasi consensus non est sufficiens ad producendum obligationem naturalem, aut constituendum quasi contractum, vt rectè notauit *Angelus in d. l. si quis post hac nu. 4.* negans, ex delicto

cto

ctio quasi contrahi, sed est consensus improprius, interpretatiuus, & fictus, vt obseruat *Palacios Rubios in repet. Rubr. de donat. inter*, §. 66. *num.* 24. Nam obligatio ad pœnam qualis qualis sit, non est obligatio orta ex consensu, qualis erat futura, vt resultaret hypotheca, quæ ex consensu oritur, *l. contrahitur*, 4. *ff. de pignor.* sed prouenit ex lege publica, subditos etiam inuitos obligante, vt pluribus prosequitur *Couarr.* optimè explicans in *cap. alma mater part.* 1. §. 10. *num.* 10. *&* 11. *de sent. excommunic. in* 6. notat *Thusens liter. D, conclus.* 189. *num.* 8. videtur assentiri *Gregor. in leg.* 15. *tit.* 13. *par.* 2. *glos.* 6. *in fin.* post *Baldum in Authent. ad hæc num.* 32. *&* 33. *C. de vsuris, & Balbum de præscriptionib.* 1. *par. quæst.* 7. *ex num.* 3. prosequitur *Pinellus in Authent. nisi tricennale, ex num.* 32. *C. de bon. maternis.* cui obligationi hypotheca accedere non potest, nisi à lege ipsa constituatur, quod in hoc casu non contingit.

21 Doctores autem, qui in hac sententia communiter hactenus conueniunt, non vna incedunt via, sed in diuersas sectas, & opiniones diuiduntur. Prima est, Fisco pro consequendis pœnis in bonis rei nunquam competere, aut concedi à iure hypothecam. Hanc tuetur *Accursius in leg. aufertur* 46. §. *Fiscus, verb. Pignoris, ff. de iure fisci, & in l. rescriptum* 11. *in princip. verb. Hypothecas, ff. de pactis*, *quem sequitur Cuiacius in leg. quod placuit*, 37. *ff. de iure fisci*, *in eadem est Guilielmus de Cuneo relatus à Constantio in leg.* 1. *num.* 106. *C. pœnis fiscal. cred. præferri lib.* 10. *Cinus in leg. si quis post hæc* 9. *num.* 5. *Baldus num.* 4. *C. de bon. præscrit. idem Bald. in l.* 1. *num.* 14. *C. de iure fisci, & in leg.* 1. *C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib.* 10. *& ibidem Ioannes de Platea num.* 4. *in fin. Angelus Aret. de maleficijs, verb. Dictum Sempronium num.* 11. *Fulgos. cons.* 179. *nu.* 2. *Ripa in l.* 1. *num.* 9. *in fin. ff. in quibus causis pign. tacit. contrah.* Imò & *Bartol. in dict. l.* 1. *nu.* 3. *C. pœnis fiscal. & in dict. leg. rescriptum in princip. n.* 2. *ff. de pact. & in dict. l. aufertur* 45. §. *Fiscus ff. de iure fisci, & in l. post contractum* 15. *nu.* 16. *ff. de donat.* in quibus locis apertè docet, fisco ante sententiam bona delinquentis non esse hypotheca, non aperit, nec declarat, an sint hypothecata, post sententiam, quasi significet, nunquam esse. Fundamentum huius sententiæ est primò, quia hanc fisci hypothecam pro pœnalibus, non inuenimus in iure concessam. Secundò est pro ea *textus* à nullo, quem viderim, expensus *in leg. condemnatus* 11. *in fin. ff. de portion. quæ libr. damnat. expensus conced. aliàs titul. de bonis damnatorum*, ibi, *post condemnationem verò reuocantur, quæ in fraudem fisci alienauit*. Ergo neque per condemnationem fisco acquiritur hypotheca, nam si acquireretur, non esset necessaria reuocatoria, subsidiaria actio ad recuperanda alienata, sed per hypothecariam recuperarentur.

22 Secunda est, fisco pro consequendis pœnis esse concedendam hypothecam in bonis delinquentis; quamuis non à tempore delicti, à tempore tamen litis contestationis in iudicio, & processu criminali factæ. Hanc amplectitur *Angel. in d. l. si quis post hæc* 9. *num.* 4. *C. de bonis proscript.* quem sequuntur *Fulgosius in d. l. rescriptum* 11. *in princip. & Paulus ibi num.* 3. *ff. de pactis*. Fundamentum est, quoniam fiscus acquirit hypothecam, non solum ex contractu, sed etiam ex quasi contractu, qui contractui æquiparatur, vt mox constabit. Sed per litis contestationem celebratur, quasi contractus, vt diximus supra *num.* 9. *&* 11. Ergo ex tempore litis contestationis, & quasi contractus per illam celebrati acquirit fiscus hypothecam in bonis delinquentis.

23 Tertia, & vltima opinio est, fisco acquiri hypothecam super bonis delinquentis à tempore sententiæ prolatæ in iudicio criminali, non ante ipsam. Pro hac refertur *Bartol. in l. post contractum* 15. *num.* 16. *ff. de donat.* verum neque ibi, neque vllo alio loco, quem viderim, *Bartol.* expressè asseruit, bona deliquentis esse hypothecata fisco post sententiam; sed ante sententiam non esse hypothecata, vt notaui superius *num.* 21. Eam tamen amplectitur *Baldus* sibi contrarius *in dict. leg. rescriptum* 11. *in princip. num.* 4. post longum discursum, *& ibid. num.* 2. sibi etiam contrarius notat, per sententiam criminalem quasi contrahi, *ff. de pact. Albericus ibi num.* 4. *Alexander num.* 8. *&* 9. *Iason. num.* 10. *Salicet. in d. l. si quis post hæc, num.* 10. *C. de bonis proscrip. Paulus de Montepico in d. l. post contractum num.* 13. *&* 87. *Ioannes Hannibal. num.* 313. *ff. de donat. Fuluius Constantius in l.* 1. *num.* 107. *Iac. Rebuffus, num.* 3. *C. pœnis fiscal. cred. præferri, libr.* 10. *August. Ariminensis ad Angelum de malefic. verb. Dictum Sempron. num.* 11. *Negusant. de pignorib.* 2. *part. membr.* 4. *num.* 115. *Peregrin. de iure fisc.* 5. *titul.* 1. *nu.* 182. *& libr.* 6. *tit.* 6. *num.* 12. *Iulius Clarus libr.* 5. *sentent.* §. *fin. quæst.* 78. *num.* 32. *Thesaurus quæst. Forens. libr.* 1. *quæst.* 85. *num.* 5. *Gregorio Lopez in leg.* 9. *tit.* 3. *par.* 5. *gloss.* 6. *& in leg.* 25. *tit.* 13. *eadem par. gloss.* 6. *Tellus Fernandez in l.* 4. *Tauri num.* 60. *Alfaro de officio fiscalis gloss.* 35. *num.* 133. *&* 134. *Thusens lit. F. conclusion.* 385. *Bossius diuersor. tractat. crimin. tit. de bonorum publicatione, num.* 18. *&* 82. *Farin. in praxi crimin. quæst.* 25. *num.* 193. *Hieron. de Laurentijs decis.* 121. *num.* 8. *Beccius cons.* 57. *num.* 6. *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.* 11. *tit.* 18. *num.* 31. *Sanchez de matrimon. libr.* 6. *disput.* 4. *num.* 8. *sub vers.* 3. *alij temperant.* Fundamentum est, quoniam fiscus semper habet hypothecam, *l. aufertur* 45. §. *Fiscus, ff. de iure fisci*, quo fit, vt omnes cũ fisco contrahentes subijciant tacitæ hypothecæ in fauorem fisci omnia bona sua, *l.* 2. *&* 3. *C. de priuileg. fisci, l.* 1. *&* 2. *C. in quibus caus. pignus, vel hypoth. tacit. contrah. Negus. de pignor.* 2. *par. membr.* 4. *ex num.* 113. *Peregr. de iure fisci libr.* 6. *tit.* 6. *ex num.* 1. *Alfaro de offic. fiscal. gloss.* 34. §. 5. *num.* 116. *Mantica de tac. et amb. conuent. lib.* 11. *d. tit.* 18. *ex num.* 4. Quod priuilegium ad quasi contractus cum fisco celebrbratos extendunt ferè omnes supra relati, & in specie *Bart. Angel. Fulgos. Negusant. Alfar. Mantic.* Sed in iudicio celebratus cum fisco quasi contractus per sententiam, vt notaui superius *num.* 10. *et* 11. Ergo post sententiam manent obligata tacitè fisco bona deliquentis.

24 Ex quibus facilè satisfit fundamentis duarum priorum opinionum. Nam fundamentum primæ primum, dicendum est, quamuis non sit expressè statutum in iure, vt pro pœnis concedatur fisco hypotheca, colligi argumento probabili similitudinis contractus cum quasi contractu, à quorum vno ad alterum desumitur efficax argumentum, iuxta notata ab *Euerardo in locis legalibus, loco* 37. *à contractibus ad quasi contractus*. Ad secundum est, verbum *reuocari in d. l. condemnatus ff. de bonis damnatorum*, non significare, res à reo alienatas post condemnationem recuperari per reuocatoriam, sed recuperari, & auocari à possessore, quo autẽ genere actionis reuocantur, nõ declarat Iurisconsultus, quare nihil probat contra sententiam eorum, qui credunt, auocari per actionem hypothecariam.

25 Ad argumentum *Angeli* pro secunda opinione respõ-

detur, quamuis celebretur quasi contractus per litis contestationem, illum tamen celebrari dumtaxat ad eum effectum, vt quis remaneat adstrictus instantiæ, non autem vt maneat obligatus ad pœnam contentam in futura condemnationem, & ad implementum contentorum in sententiam, vt dixi supra num. 11. Quare non potest ex eo quasi contractu resultare hypotheca tacita in fauorem Fisci in bonis delinquentis ad exigendam pœnã. Ita respondet *Alexand. in d. l. rescriptum in princip.* & ferè alij omnes eum sequuti.

26 Hæc tamen recepta, & communis sententia habet duas solemnes limitationes. Prima est, hanc hypothecam in bonis delinquentis contractam operari effectum suum comparatione delinquentis solum, & bonorum eius, non comparatione creditorum aliorum ipsius; etenim quantum ad istum effectum censenda est inutilis; nã omnes creditores delinquentis, quamuis chirographarij præferuntur Fisco agenti pro pœna. Hanc limitationẽ probat text. *in l. summa 17. l. quod placuit 37. l. Status Florus, §. Cornelio Felici, ff. de iure Fisci, l. vnica, cum Rubrica, C. pœnis Fiscal. cred. præferri, lib. 10.* & istis locis Doctores vnanimi consensu notant. Hæc fuit originalis animaduersio *Dyni*, quem refert *Cynus in dict. l. si quis post hac 9. num. 5. C. de bonis proscript.* non iure ab eo recedens, illum enim vnanimi consensu sequuntur cæteri relati *supra numer. 23.* vtuntur adhanc rem explicandam *Paulus, & Iason in d. l. rescriptum 11. in princ.* ille *num.* 3. hic *num. 10. ff. de pactis, Lucas de Penna in d. l. 1. nu. 2. Fuluius Constantius num. 107. C. pœnis fiscal. cred. præferri, libr. 10.* appositissimo exemplo legatariorum, qui habent hypothecam tacitam super bonis defuncti, iuxta *l. 1. & 2. C. commun. de legat.* & tamen creditores defuncti, etiam chirographarij, illis præferuntur, prius enim soluenda sunt debita defuncti, quàm legata, aut fideicommissa, *l. scimus 22. §. fin. verb. Creditores*, vbi notat *gloss. verb. Accommodare, C. de iur. deliber. l. si vniuersa 15. Cod. delegat, leg. 1. §. si is qui, ff. ad Trebell. l. in ratione 11. §. quod vulgo, ff. ad leg. Falcid. l. 1. § in quibusdam, ff. si cui plus quàm, per leg. Falcid. leg. creditoribus, 4. & ibi gloss. verb. Potuit, l. quoties, in princ. ff. de separation. gloss. in leg. hæreditariarum 39 verbo Loco ff. de action. & obligat. Asinius de executionibus, §. 7. cap. 17. Phanucius de inuentar. tract. diuersorum, quæst. 242. nu. 140. & 241. Molina de iustit. tract. 2. disp. 216. nu. 8.* Nam habens hypothecam pro lucro captando in his casibus non præfertur illis, qui tractant de damno vitando. Cùm verò Fiscus agit prò pœna, tractat de lucro, vt notant *Cumanus in l. 1. num. 11. Iason num. 37. Barbosa ibi 2. par. num. 23. ff. solut. matrim. Decius in l. in ambiguis pro dotibus 85. num. 2. ff. de regul. iur. idem Iason cons. 39. num. 5. & cons. 99. num. 3. vol. 1. & cons. 167. num. 21. vol. 4. Negusant. de pignor. 2. par. memb. 4. numer. 117. & 118. Martin. Laudens. de Fisco, quæst. 242. Franciscus Lucanus de priuileg. Fisci, 1. par. num. 8. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. ex num. 5. Peregrin. de iure Fisci libr. 7. tit. 3. numer. 45. Caballus resol. crim. centur. 1. casu 56. num. 121. in fin. & centur. 3. casu 201, nu. 48. & 49. & casu 203. numer. 12. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 271. num. 20. & 21. Caballinus milleloquio 198. Adnotatio ad Matesila num. singulari 71. num. 4.* quæ fuit etiam consideratio *Angeli in summa, verb. Pœna, num. 13. in fin.* Hanc limitationem præter Doctores in prædictis loci tradunt *Afflict. in cap. 1. num. 9. priuil. 31. de fratribus de nouo benefic. inuestit. Bossius tract. crimin. titul. de bonorum publicat. num. 82. Iul. Clarus lib. 5. sent. § fin. d. quæst. 78. num. 29 & 31. Peregrinus de iur. Fisci lib. 4. tit. 8. num. 11. & lib. 5. tit. 1. numer. 54. & 86. Caballus resol. crimin. d. casu 201. num. 47. & seq. & casu 202. num. 12. & casu 234. ex num. 2. & casu 266. ex num. 2. Franch. decis. 317. num. 7. Thesaurus lib. 4. quæst. forensium, q. 3. Farinac. in prax. q. 25. nu. 189. Sanchez operis moralis lib. 2. c. 22. nu. 95. Anna singul. 139. Riccius collectan. 244. vers. Infertur tertio, Tusc. litt. F. concl. 383. num. 47. Euerard. in locis legalib. loco 62. à Fisco addotem, num. 6. Decius cons. 57. num. 7. Parlador. in sesquicenturia different. 111. num. 15. Garsias Toletanus ad tit. 7. num. 6. C. pœnis fiscal. cred. præf. lib. 10.*

27 Sublimita primò hanc limitationem, vt non procedat, cùm Fiscus agit actione ex maleficio, non ad pœnã, sed pro resarciendo damno sibi per maleficium illato: nam tunc vtitur actione hypothecaria priuilegiata, etiã contra creditores, vt illi prius satisfiat de suo interesse. Ita probat *tex. in l. quod placuit 37. ff. de iure Fisci, vbi gloss. verb. Ius commune, & in l. vnica, C. pœnis fischal. cred. præferri lib. 10.* & de iure Castellæ *leg. 9. titul. 3. par. 5.* vbi *gloss. 9.* eam in hunc sensum interpretatur. Sublimitationem tradunt *Azo in summa, C. de priuilegio Fisci, nu. 1. Baldus in d. l. rescriptum, in 2. lectura, num. 1. in fin. Alexand. num. 9. ff. de pact. Vinc. de Anna singul. 139.* qui refert sic decisum in Sacr. Consil. doctissimus *Riccius collect. 244. vers. Infertur tertiò, quod creditor Euerardus in locis legalibus, loco 62. à Fisco ad dotem, nu. 6. Cabballus resol. crim. cent. 3. casu 202. num. 12. & 13. Iul. Clar. lib. 5. sent. §. fin. q. 78. num. 31. Thusco litt. F. conclus. 383. nu. 47. Negusantius de pignor. 2. part. memb. 4. num. 116. in fin. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 18. num. 34. Garsias Toletanus in Lucerna Rubricarum ad titul. 7. nu. 6. C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10.* Et planè eidem assentitur *Farinac. in prax. crimin. q. 25. num. 289.* vbi priuatum creditorem ex delicto pro damno sibi illato præfert Fisco prosequenti pœnam ex eodem delicto, ex consequenti prælaturus Fiscum, cum agit pro damno sibi illato, quem sequitus *Sanchez operis moralis lib. 2. cap. 22. num. 95.* consentit *Peregrinus iure fisci, lib. 4. tit. 8. nu. 13. Caball. dict. casu 202. nu. 12. Thesaurus decis. 18. num. 8. in fin.*

28 An verò sublimitatio ista extendenda sit ad eum casum, quo Fiscus agit ad interesse suum pro expensis factis in capiendo malefactore, & incorporandis eius bonis confiscatio ita vt quoad has expensas sit præferendus cæteris creditoribus, cõtrouersum est apud Doctores. Nam nonnulli affirmant, Fisci priuilegium prioritatis, & prælationis in hoc casu locum habere aduersus alios creditores. Ex ijs est *Afflictis in capit. 1. verb. Et bona committentium, num. 47. in titul. quæ sint Regalia, Peregr. de iure fisci lib. 5. tit. 1. nu. 193. & 194.* Probatur ea ratione, quoniam cum publicè intersit delicta puniri, *l. ita vulneratus*, aliàs *l. si ita vulneratus 52. § finali ff. ad leg. Aquil.* cum similibus, impensa facta pro punitione delicti, vtpotè pro interesse publico, specialem meretur fauorem, quemadmodum ob eandem rationem impensa funeris, quæ publicam causam continet, in concursu præfertur cæteris creditoribus, *l. impensa 45. ff. de religios. & sumpt. funer. Riccius collect. in. 9. & collect. 483. & collect. 2081. Negusant. de pignorr. 5. p. memb. 2. ex numer. 28.* cum infinitis Doctoribus consulto omissis.

29 Alij verò negant, Fisco pro istis expensis priuilegium prioritatis inter cæteros creditores, quinimo existimant, si reus non sit soluendo idoneus, creditores esse præferendos Fisco. Ita sentit *Gigas tract. de crim. læsæ maiestatis, sub tit. vlt. de varijs, & diuersis quæstionibus, quæst. 12. num. 6.* quem sequuntur *Hieronymus de Laurent. decis. 121. ex nu. 4. Euardus ad Iulium Clarum libr. 5. sent. § fin. q. 78. numer. 269. & 170. Sanches operis moralis l. 2. cap. 22. numer. 93.*

Ca-

Caballus resolut.crim. casu 201.*ex nu.*21. qui optimè prosequitur; Ratio est, quoniam Fisco incumbit facere impensas pro puniendis criminibus,purgandaque malis hominibus prouincia: ideo enim Fisco Regio assignantur reditus Fiscales, mulctæ, & pœnæ, vt hoc onus in se suscipiat. Quoad impensas aut factas in incorporandis bonis, & reducendis ad manus Fisci, vtile sibi negotium facit, quare eas nemini debet imputare, quemadmodum hæres agnoscere debet expensas, quas facit pro consequenda hæreditate, bonisque defuncti Confirmatur ex eleganti doctrina *D.Thom.*2.2.*quæst.*62.*artic.*7.*in corpore*, quem sequitur *Andreas de Isernia in tit. de statutis, & consuetudinibus, &c. nu.*39. *& in Const.super incisionibus,verb. inueniri. vers.Nec dicit, in fin. & Lucas de Penna in l.*1.*numer.*16.*&* 17.*Cod.ne rusticani ad vllum obsequ. Constantius in l.vnica, num.* 38.*C.de classicis, libr.*11.*& Grigor. Lop. in l.*2.*tit.*20.*par.*2.*gloss.*2.*Ioann.Gartia de expensis, & meliorationibus, cap.*21.*numer.*35.*Ponte de potest.Proreg.tit.*4.*in princip.num.*65.*& tit.*5.*ex num.*11. notantis, Principem, vt qui percipit fructus Regni, & habet Regalia, domania, & vectigalia, nisi Regnum seruet securum, & absq; subditorũ grauamine iustitiam faciat teneri de omnibus maleficijs, vt resarciat passis omnia damna, ex eius culpa & negligentia prouenientia. Quare (ait *Lucas*) si rex, aut eius Magistrat. velit fortè capere maleficos, & latrones, non potest ad hoc cogere sibi subditos, maximè homines Ciuitatum, quia stipendijs Regijs sunt huiusmodi malefici capiendi, sequitur *Follerius in pract.crim. s.p.* 2.*par. vers. Notatos capiat de persona, num.* 10. *in fin.* Hine *Bald.in cap.*1.*§.Marchio,nu.*5.*de ijs,qui feud.dar.poss.*docet, Comites, & Barones teneri Curtes suas in quibus colligunt pedagia,habere securas à latronibus,alias teneretur emendare damna deprædatorum, iuxta tradita per *Archidiaconum in capit.si quis peregrinos, alias capit. si quis Romipetas, num.*1.*in fin.*24.*q.*3. quos sequitur *Palat.Rub. in Repet.cap. per vestras, notab.*6.*§.*9.*num.*8. *in fin. & nu.*9. *de donat.inter.Mastrill.de Magistr.*2.*par.lib.*4. *cap.* 16. *num.* 213.qui plures allegat,*Capicius in inuestitura feudali, verb. Gabellis, §.colligentes pedagia, pag.*115. *Molina de iustitia, tract.*2 *disp.*667.*nu.*3.4.*&* 5.*& Palac.Rub.in l.Tauri*, 45. *num.* 21.Item si in istis deficiant, quæ eorum muneri incumbunt, poterunt eis iustè denegari introitus, qui debentur in recompensationem grauaminis, & oneris illis impositi in administranda subditis iustitia,vt latè tractat *Afflictis in Rubrica, quæ sint Regalia.ex num.* 7. *&* 8. *vers. Vnde si Rex*,& notat *Caballus d.casu* 201.*nu.*34.& ibidem *Palacios* vbi supra ait, subditos non teneri ad seruitia, si Rex non benè regat. Inde etiam fit, vt qui fecit expensas pro capiendo delinquente, & eo puniendo, possit eas à Fisco recuperare, quasi negotium eius vtiliter gesserit, & onus eius subierit, vt rectè, & cum iudicio tradiderunt *Baldus in cap.*1.*num.*3.*in tit.hic finitur lex*, & eum sequutus *Petrus Gerardus de Petra sancta singulari* 14.*num.*13.*Iul. Clar.lib.*5.*sent.§.fin.q.*29.*num.*7. *& ad eum locum Baiardus num.*20. *Petrus de Monteforte in Const. Clementiæ num.* 4.*in recollectis,seu additionibus Grammatica ad Const.Regni, lib.*2.*Puteus de Syndicatu, tit.Salariorum, cap.*6.*num.*7.*Additio vltima ad Capellam Tolosanam, quæst.* 41. *Palac.Rub. in repet. cap.per vestras*, §.39. *numer.* 6. *de donat.inter. Auendanus de exequend.mand.*2.*part.cap.*10.*numer.*15. *Caballus resol.crimin.dict.casu* 201.*num.*16.*& sequentib.* Idque magna cum ratione, nam istę expensæ sunt onus fisci, & illum oportet in his rebus expendere, vt probat text. *in l.mulier inops* 6.*ff.de captiu.& post lim.reuers.*agnoscuntque ibi doctores, ego dixi supra *titul.*1.*disp.*2.*nu.*865. *& disp.* 5.*num.*21.*in fin.* vbi plures retuli, sentiunt *Iul. Clar.d.§.fi. q.*99.*num.*5.*Boer.decis.*303.*num.*10.*Bernar. Diaz in pract. crim.canon.cap.vlt.Caballus d.casu* 201.*num.*14.*Tusc. lit.E. concl* 632.*num.*11.& illi quos post *D. Thoma* paulò superius retulit facit adnotatio *Cabedi decis.*8. *num.* 33.*1.par.* Atque hæc videtur verior sententia.

30 Quatenenta non obstat fundamentum prioris, quo nititur *Afflict. Peregrin.* nam respondendum est, onus puniendi delicta, in quo versatur publicum interesse, esse impositum fisco, & vt hoc onus agnoscat, & suscipiat, recipit omnes introitus fiscales: ideoque pertinet ad ipsum facere impensam pro satisfaciendo prædicto oneri, neque ad rem facit exemplum impensæ funerariæ, quo *Peregrinus* vtitur quoniam omissa adnotatione *Caballi d. casu* 201.*n.*43. circa æquiparationem expensarum fisci, & funeralium, qua ostendit istas expensas maximè inter se differre, ego animaduerto, inter vtrasque expensas, quamuis ad publicam causam pertinentes, versari maximum, & euidens discrimen, quamuis in cæteris omnibus conueniant, quod in præsenti articulo est maximi effectus,nempè expensas funeris, & infirmitatis non incumbere,nisi patrimonio defuncti ac per consequens, ab eo solo agnosci debere,ita mirum non esset,si præferetur omnibus creditoribus: at impensa pro puniendis delictis incumbit fisco pertinetque ad munus eius. Ita fit, vt si patrimonium rei non sit soluendo creditoribus, & fisco pro istis impensis, nihilque ex eo remaneat, solutis priuatis debitis, idem censendum sit, ac si reus nihil haberet in bonis, cum bona non dicantur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum* 39. *§.bona, ff de verborum signific.* Itaque cùm causa publica non inuenit patrimonium aliud; cuius onus esse possit, præfertur priuatis, vt contingit in funerali, at eum habet cui incumbat, præter patrimonium debitis exhaustum, priuatis creditoribus cedit.

31 Hæc tamen sententia tunc est limitanda, cùm expensę à fisco factæ pro persequendo, & carcerando delinquente, aut eius bonis capiendis, sequestrandis, & annotandis, cedunt in vtilitatem creditorum, quoniam per eas bona sint manifestata, quæ alioqui occultarentur, aut conseruata, quæ alioqui dissiparentur etenim quoad has expensas præfertur fiscus omnibus creditoribus ob æquitatem, *l. interdum* 13.*ff.qui potiores in pign.habe.*locum enim haberet illa ratio, quod expensæ fisci saluam fecissent totius pignoris causam, quomodò conciliare voluit duas prædictas dissidentes sententias *Fuluius Constantius in d.l.vnic.nu.*109.*C.pœnis fiscalis cred.præferri, lib.*10. Sed ideò hæc conciliatio non videtur esse ad rem, quòad fit indubitata, & in eo casu nullus ex Authoribus posterioris sententiæ negabit fisco prælationem; difficultas enim, in qua Doctores discordant, est quando expensæ fiunt ob causam publicam puniendi maleficij, & nullo modo creditorum vtilitatem, quę ex præcisa delinquentis punitione, & incorporatione bonorum eius nulla resultat.

32 Sublimita secundò primam prædictam limitationem, cùm fiscus agit ad pœnam contentam in condemnatione, verùm concurrit cum priuato ad quem pars eiusdem pœnæ ex eadem condemnatione pertinet. Ponamus, condẽnatum esse reum in pœna centum pro fisco, & centum pro accusatore: & concurrere fiscum cum Accusatore pro exigenda pœna, tunc reo non existente soluendo vtriusque pœnæ quantitatem, fiscus præfertur in exigendo suo credito, & parte pœnæ excluditur priuatũ. Ita sentit *Baldus in d.l.rescriptum* 11.*in princip.num.*4.*in* 1.

lectur.

lectur.ff.de pactis Negusantius de pignor.2.par.memb.4.num.115.Couarr.lib.1.var.cap.16. num. 8. qui pro ea refert *Guillielmum de Cuneo, Iacobum Butrigarium, & Ancharranum, Euerardus in locis legalibus, loco 62. à fisco ad dotem, num. 6.Thusc.lit.F.concl.399.n.13.Iulius Clarus lib.5.sent.§.fin. q.78.num.31.Farin. in praxi crimin.q.25.nu.188.Sanchez operis moral.lib.2.cap.22.num.94.Villadiego in polit. cap. 2.num.134.* Hanc sublimitationem *Couar.* dicit probari ex *text.in l.quod placuit, ff.de iur.fisci. & in l.vnic.Cod.penus fiscal.cred.præferri,lib.10.* credo obid, quod probare videantur, fiscum in pari causa præferri priuato, quemadmodum itidem ex *text.in l.si is qui 28.ff.de iure fisci, & in leg. 1.C. eodem titul.libr. 10.* prosequitur *Peregrinus de iure fisci,libr.6.tit.6.nu.21.cum sequentib. Barbosa in l.1.2.part. nu.12.& 13.ff solut.matrimon.* quam esse communem Doctorum conclusionem affirmat *Gabriel Sarayna ad Matesilanum,singulari 71.num. 1.*

33 Contrariam nihilominus sententiam huic sublimitationi quinimò in prædicto casu fiscum priuato præferendum non esse, sed æquali concursu pro rata cum priuato participaturũ ex bonis rei condemnati, sequutus est Senatus Pariensis apud *Ioannem Gallum quest.139.* reuocans contrariam sententiam à iudicibus inferioribus latam, vt refert vbi supra *Couarr.Galli questio est 256.in stilo Parlamenti Parionsis,par.5.* vbi habes questiones *Ioan. Galli* per arresta Parlamentis decisas in libro meo, eidem sententię subscribit *Peregrinus de iure fisci,l.4.tit.8.n.12.& Caballus resol.crim.cen.3.casu 202,n.11.* dicens, eam in prædicta obseruari, quamuis contrariã agnoscat substentabiliorem in puncto iuris, sic ille dicit.

34 Hæc sententia in primis videbatur probari ex *text. in l.non puto 10.ff.de iure fisci.* Secundum communem intellectum, iuxta quem Doctores communiter notant in dubio esse iudicandum contra fiscum, animaduertit *Matesilanus singulari 71.Couarr.libr.1.var.cap.16.in princip.& nu.1.Negusant.de pignor.2.par.membr.4.numer.118. Simancas de Catholic.instit.tit.9.nu.53.Parlador lib.1.rerum quotid.c.3.§.2.nu.36.* & latè tractat *Barbosa in l.1.2.part.num.11. ex vers.Ad complementum autem,cum numeris sequent.ff.solut.matrim.Farinan fragment.crim.lit.F.nu.188.& 189.& Menoch.de præsumpt.libr.2.præsumpt.72.per totam.*

35 Veruntamen *tex.in d.l.non puto,* mihi non probat communem illam Doctorum traditionem, contra fiscum in dubijs quæstionibus esse iudicandum, imò verò tantũ abest, vt id probet, vt ferè credam probare contrarium, videlicèt in dubijs esse iudicandum pro fisco. Etenim in dubijs contra fiscum iudicare adeò periculosum est, vt iudex sic iudicans incurrat suspitionem delicti, & dubitatũ iure fuerit, an deliquerit. De qua quęstione interrogatus *Modestinus* I.C. nõ asserẽdo, & firmiter affirmãdo, sed dubitando potius respondit per verbum, *Non puto delinquere,* quo respondendi modo non vtimur, cùm de re certa, & indubitata pronunciamus sed cum dubitãtur definimus, quod probabile nobis videtur, sed tamem incertum esse iudicamus. Quis verò prudens exponat se suspitioni delicti? Quis volet facere actum, de quo non sine ratione dubitari posit an sit delictum. Quis volet apparere delinquens? Itaque iudex ille, qui in ambiguis quæstionibus contra fiscum iudicauerat, vt demum à I.C. excusatum fuisse à culpa, & delicto, proculdubio ab imprudentia nõ est excusatus, qui non debuit ei periculo se exponere, vt delinquens apparuerit. Ex quo fit, iudicẽ prudentem, qui ante sententiam tutiorem partem debet eligere, vt animaduertimus supra *tit.1.disp.3.nu.29.* non contra fiscum, sed in fauorem fisci iudicaturum. Itaque iuxta verum, & genuinum intellectum in illo textu solum deciditur, fiscum non habere priuilegium, vt in dubijs quæstionibus pro ipso iudicetur, quemadmodum habet dos, *l. in ambiguis 85.ff. de reg.iur.* non tamen inde colligitur, pro priuato contra ipsum esse iudicandum, non enim omnia, quæ licent, expediunt, docente *Paulo 1.Corint. 6.num. 12. & cap.10.num.22.* Quo pertinet I.C. sententia *in l.non omne 187. in princ.ff.de reg.iur. & Ciceron.orat. 35.pro Lucio Cornelio Baldo, nu.8.est enim aliquid, quod non oporteat, etiã si licet.* Quam interpretationem reprobata multorum diuersa sententia eleganter prosequitur *Barbos.in leg.1.2. par.ex num.14.ff.solut.matr.* eamque tradiderunt *Bulgarinus in eadem l.1.num.5.Bartholomeus Socin.nu. 8. Marianus Socinus Iunior. num.26.& 27.Duarenus ad l.1.ff.solut. matrim.col.4.& ad tit.de re iudicata, prælect. 31. ad leg. inter pares, circa fin.Curt.Iun.& Ruyn* ab eodem *Barbosa* relati *Ioan.Garcia de nobilit.glos.25.num.6.vers.E auiem.*

36 Igitur prædicta sententia probatur à *Peregrino d.tit. 8.numer.12. vers.Mihi verò,* quoniam nullibi in iure reperitur, quod vbi ex eodem facto duo oriuntur creditores, seu ex dispositione legis, seu ex sententia, alter alteri præferatur in concursu, sed ambo æqualiter admittuntur. Prælatio autem consideratur, cùm ex duobus diuersis factis duo creditores resultant; tunc enim de iure prioritatis in concursu oritur controuersia. Cùm igitur in præsenti casu fiscus, & priuatus ex eadem sententia fiant creditores, dicendum erit, in bonis rei pariter concurrere debere sine prælatione vlla, iuxta regulam *leg. reos, 11.§.cum tabulis, ff. de duobus reis, & in leg. 1. Cod. si plures vna sententia,* & dicta *suprà tit.1.disp.5.nu.42.* Confirmat eandem doctrinam ex alia *Bart.in l. Contractus 17. num.4. & 5.Cod.de fide instrum.* vbi docet, si instrumento vno, & eodem reperiantur plura pacta, vnum scriptum prius in fauorem vnius, alterum scriptum post in fauorem alterius, vnum non posse contra alterum prætendere prælationem in tempore, quia omnia desumunt vires, & robur simul, & semel ex perfectione vnius contractus. Et in legatis etiamsi alia prius, alia posterius scribantur in testamento, aut codicillis, nullum prioritatis ordinem seruari, docuit I.C. *in l.si is cui 5.§.qui prior, ff.vt in possess.leg.*

37 Fateor quidem, opinionem *Peregrin.* esse satis æquam & verisimilem: sed cum prior authoritate præponderet, sitque magis communis, crederem, difficulter pro ea obtinendum, quidquid eam magis praxi réceptam dicat Caballus. Præsertim cùm fundamento Peregrini facilè possit occurri, si dicamus, cùm ex vno, & eodem actu resultant duo creditores cum æquali, & pari iure, inter eos non inueniri prioritatis prærogatiuam, quo pertinẽt text. & doctrinæ à Peregrino allegatæ ad suæ sententiæ confirmationem, sed cùm inter ipsos non est paritas, sed inæqualitas, quamuis ex eodem actu resultent, posse inter eos inueniri prælationem. Sic contingit in casu, de quo loquimur, nam quamuis fiscus; & priuatus sint creditores ex eadem sententia, ius ipsum prætulit priuato fiscum, dum induxit in fauorem fisci hypothecam, non in fauorem priuati. Cùm igitur fiscus sit creditor hypothecarius post sententiam, vt dixi *superius nu. 23.* præferetur priuato creditori chirographario ex eadem sententia. Neque oberit, quòd hypotheca fisci sit item inutilis contra creditores, vt superius aduerti *num. 26.* Id enim intelligendum est de creditoribus, qui creditum fisci antecedebant, non de illis, qui ex vna, & eadem causa cum fisco simul cœperunt esse creditores, vt insignuat *text.in dict.l.quod placuit, ff.de iure fisci.* Quæ considerationes coniunctæ cum maxima auctoritate Doctorum, qui pri-

mam

mam sententiam tuentur, reddont probabilissimam opinionem pro fisco.

38 Secunda limitatio est non minus celebris, vt fisco non competat hypotheca in bonis rei, quæ ipso iure fisco addicuntur, siuè quota pars eius, siuè vniuersitas bonorum, siuè singulæ res confiscentur. Ratio est, quia quando pœna confiscationis ipso iure incurritur, fiscus in bonis rei statim acquirit dominium, & plenum in *l. commiss. 14. cum glos. ibi, verb. Statim*, quæ refert concordantes, *ff. de publ. & vectig.* Non igitur potest habere hypothecam, quæ non cadit in re propria, *l. si rem 29. ff. de pignor. action. leg. neque pignus 46. in princip ff. de reg. iur.* Hæc fuit originalis doctrina, *Gulielmi de Cuneo in d. l. rescriptū 11. in princip. ff. de pact.* quem omnes referunt, & approbant, *Bald. ibi num. 3. Albericus num. 4. Fulgos. num. 4. Salicetus in l. si quis post hac 9. nu. 10. C. de bon. proscrip. Fuluius Constantius in l. vnica, nu. 106. circa fin Cod. pœnis fisc. cred. præf. lib. 10 Tellus Fernand. in l. 4. Tauri num. 60.*

39 Illud tamen Doctores vnanimi consensu notant, pœnam omnem, etiam ipso iure, & ipso facto impositam, quamuis ipso iure incurratur, vt contingit in pœnis impositis *in l. quisquis, C. ad leg. Iul. Maiest. & in Authent. incestus, C. de incest. nupt. & in l. vltima, §. iubemus, C. de locato, & in d. l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigal.* non posse tamen effectum sortiri, aut executioni mandari, nisi subsequatur sententia declaratoria super facto, iuxta *text. in l eius qui delatorem 29. in princip. ff. de iure fisci*, & expressam conclusionem *text. in cap. cùm secundùm leges 19. de hæreticis in 6.* pro qua sententia *Tiraquellus in l. si vnquam verb. Reuertatur, num. 400. C. de reuoc. donat. Ant. Gab. libr. 7. communium, concl. 12. Thomas Sanchez operis moral. tom. 1. libr. 2. cap. 22. numer. 7.* referunt septuaginta sex Doctores Legistas, Canonistas, Theologos, & Summistas, quibus addendus est *Alciatus in l. si quis maior. num. 61. C. de transact.* qui loquitur de pœna infamiæ, *Franciscus Suarez*, qui tem doctissimè tractauit, *libr. 5. de legib. disp. 15. sect. 3. Decianus tract. crim. lib. 7. cap. 40. nu. 20.* qui loquuntur de pœna priuationis factionis testamenti, quæ incurritur ipso iure ob delictum læsæ Maiestatis, *Peregr. de iure fisci, libr. 3. tit. 8. nu. 11. Farinac. in praxi crim. q. 113. ex num. 89. & quæst. 116. num. 17. vol. 4. & q. 190. num. 5. vol. 7. Thesaur. lit. D. conclus. 98. n. 1. & lit. P. conc. 238. nu. 15. Thesaur. lib. 2. quæst. forens. quæst. 40. Menoch. cons. 99. ex nu. 168. libr. 1. Surdus cons. 425. ex nu. 22. lib. 3. Cenallos in spe. cul. pract. quæst. 901. num. 34. tom. 4 Galganetus de condit. & demonst. 2. p. quæst. 26. num. 2. Ludolfus Scraderus de feudis, 2. part. 9. part. principalis, sect. 8. num. 47.* qui plurimos allegat, *Gregorius Lopez in leg. 4. tit. 2. part. 7. gloss. 3. Ricciullus tract. de iure personarum extra Eccles. grem. constitut. libr. 5. cap. 31. num. 8. & 11.* ex quibus resultat numerus nonaginta duorum Doctorum pro hac sententia.

40 Et quamuis *Tiraquellus, & Anton. Gabriel*, referant quatuor, vel quinque Doctores contrarium sentientes, visis quantum licuit locis, planè non asserunt affirmatiuè oppositam huic resolutioni sententiam, sed vel reducendi sunt ad limitationes inferius referendas, vel vtuntur argumentum ad decisionem casuum, in quibus vigebant aliæ rationes solidiores, & vrgentiores, vel proposuerunt contra se argumentum ex opposita sententia, cui solutionem adhibuerunt, remanentes in nostra, quod fecit Decius. Quare proculdubio illa censenda est certissima iuris conclusio, & axioma incontrouertibile textuale. Benè verùm est, lata post sententia declaratoria facti retrotragi pœnam ad tempus commissi delicti, vt ex eo tépore fiscus censeatur fuisse dominus bonorum rei conuictorum, vt notat *Angelus in d. l. si quis post hac, num. 3. vers. Sed ego limito, Cod. de bon. proscript.* & quam plurimi, quos refert *Sanchez operis moralis lib. 2. cap. 22. nu. 2. in fin.* quos ego in hunc sensum interpretor, & animaduertit idemmet *ibid. n. 5. in solutione ad 4.* & clarius *n. 26. & q. 3. num. 33. Ricciull. d. cap. 31. num. 7.*

41 Hæc tamen resolutio limitanda est primò ex multorum sententia, quando pœna legis ipso iure imposita non eget ministerio hominis, vel iudicis, vel exequutione exteriori, tunc enim pœna secum habet exequutionem paratam, & lex suum effectum operatur sine ministerio, & ad huius effectus exequutionem non est opus sententia declaratoria. Hæc fuit doctrina *Bald. in l. 1. num. 2. ff. de ijs qui notantur infam. & in l. quæ sub conditione 8. §. vlt. numer. 4. ff. de condit. inst.* quam amplexi sunt *Dominicus Geminianus in capit. fœlicis 5. numer. 8. de pœnis in 6. & Philip. Francus ibi in §. nullus, nu. 3. Felinus in cap. Rodulphus 35. num. 38. vers. Limita 4. de rescrip. & in cap. cùm non ab homine 10. numer. 10. de iudicijs, Iason in l. 3. §. quod autem, num. 7. ff. quod quisque iuris, Anton. Gabr. lib. 7. communium, d. conclus. 12. num. 11. Farin. in praxi crimin. quæst. 116. num. 20. Cayet. 2. 2. q. 62. art. 3. Alfonsus de Castro de potest. legis pœnalis, lib. 2. c. 8. per totum*, præsertim *in §. Cayetanus, Francisc. Suarez de legib. 5. cap. 9. nu. 1.* exempla sunt infamia, incapacitas successionis, excommunio.

42 Verum hæc limitatio est controuersa, quoniam *Archidiaconus in cap. 1. num. 2. de homic. in 6.* cuius doctrinam approbant ibi *Geminianus, & Francus*, docet ad incursionem cuiuslibet pœnæ legalis, vel canonicæ, cuiuslibet existat conditionis, & naturæ esse necessariam sententiam declaratoriam, saltem super facto, alias incurri non posse, cui eidem adhæret ibidem *Ioan. Monachus num. 9. & ad eum Probus.* Cùm verò iura canonica, vel ciuilia imponunt pœnam ipso iure, vel ipso facto, ita sunt intelligenda, & interpretanda, vt pœna incurrenda sit sine sententiam condemnatoria, solum eum declaratoria super facto, sine vlla alia vlteriori condemnatione, eandem sententia sequutus est *Alciatus in leg. si quis maior. 41. num. 61. C. de transact.* sentiens, infamiam incurri non posse sine declaratoria. Idem sensit *Decianus tract. crimin. libr. 7. cap. 40. numer. 20.* de priuatione factionis testamenti. Et *Additio ad tractatum Doctoris antiqui Ioan. de Terrarubea de rebellibus, tract. 3. art. 6. in fine*, dixit etiam si iura expressè dicant, pœnam incurri ipso iure sine sententia, intelligenda esse sine sententia condemnatoria, non sine declaratoria. Imò verò addunt Doctores, quamuis iura pœnam imponat ipso facto, & ipso iure, absque alia declaratione, exponendam esse, vt pœna ipso iure incurratur absque sententia declaratoria pœnæ, non tamen absque sententia declaratoria super facto. Ita sentit *Sanc. operis moralis libr. 2. capit. 22. n. 20.* post plurimos, quos allegat *Matienzus in l. 5. tit. 11. libr. 5. Recop.* in qua inueniuntur similia verba, *Gloss. 1. num. 2. Geminianus* autem, *& Francus* dicunt, impositionem pœnæ ipso iure habere duos effectus. Primus est prædictus, videlicet, vt incurratur cum sola declaratione super facto, ex ea enim sola intelligitur facta condemnatio. Secundus, vt pronunciata declaratio, retrotrahatur condemnatio ad tempus delicti, vt notaui *superius num. 40.* Alium effectum notat *Matienz. vbi sup. num. 4 Tiraquel.* autem *in l. si vnquam, verb. Reuertatur, ex num. 266.* propriè *ex num. 268. C. de reuoc. donat.* congessit 104. distinctiones, seu effectus, ex eo, quod aliquid fiat ipso iure, an per sententia. Adde *Garcia de benef. 11. p. c. 10. in princ. n. 37.* qui plures refert Doct. agentes de his discriminibus, & *Menchacam q. vsufreq. c. apit. 7*

43 Da-

43 Dato tamen esset vera prædicta limitatio (quæ sati est dubitabilis, vt ex prædictis constat) proculdubio sublimitanda est iuxta eosdem Doctores, qui illam tradiderunt, vt intelligenda, & accipienda sit quoad effectus internos, quos operatur lex sine ministerio hominis, vt quod reus sit infamis, sit incapax, sit excommunicatus: verùm quoties ex istis intrinsecis, & interioribus effectibus processurus, & oriturus sit aliquis alius effectus exterior, ad quem necessarium sit, vt concurrant homines, non potest iste effectus nasci absque sententia declaratoria, neque absque illa potest ad similem effectum procedi, vt pœna locum habeat, aut exequutioni mandetur. Verbi gratia, excommunicatus vitari, denegari illi Ecclesiasticam sepulturam, infamis ab officio repelli, aut incapax à successione excludi non potest, non procedente sententia declaratoria, hanc Elegantissimam doctrinam tradunt *Innocentius*, loquens de excommunicato, *in cap. inquisitioni 44. numer. 2. de sentent. excommunicat. Ancharranus consil. 189. tribus de caussis. Geminianus in dict. cap. fœlicis, num. 8. Philippus Francus ibidem in §. nullus, num. 3. in fin. de pœnis, in 6. & in cap. 1. numer. 8. de homicidio in 6. vbi Ioann. Monach. dict. numer. 9. in fin. Felinus in cap. Rodulfus 35. numer. 39. de rescript. & in cap. cùm non ab homine, num. 10. de iudicijs, Decius consil. 145. num. 4. Anton. Gabriel. dict. libr. 7. commun. conclus. 11. num. 8. Didacus Perez in leg. 1. tit. 3. lib. 3. Ordinamenti, in verb. Aunque non sea dada la sententia. column. 1893. Franc. Suar. de legibus, l. 5. c. 8. n. 3. cum sequentib. Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. num. 435*

44 Et huius sublimitationis (cuius in his terminis nullum inuenio contradictorem) reddidit optimam, & elegantissimam rationem *Baldus in dict. l. quæ sub conditione, §. vltimo, num. 4. ff. de condition. instit. & in cap. 1. in princip. num. 3. de feud. sine cul. non amitt.* quam eandem reddit *Alfonsus de Castro de potest legis pœnalis, lib. 2. capit. 15. §. secunda conclusio,* quamuis paulo aliter. Quoniam cum lex operatur interius per seipsam solam operatur super certo, & non potest errare, excommunicat verum contumacem, & delinquentem verum infamat, verum rebellem, aut reum læsæ Maiestatis reddit incapacem successionis actiuè, & passiuè. Respicit enim facta, quæ per rerum naturam certa sunt, quamuis apud non sint incerta, §. *Conditiones, instit. de verbor. obligat. l. 2. tit. 4. part. 6. vbi Gregorius in princip.* refert concordantes textus. Verùm cum agitur de effectibus exterioribus, qui ex istis interioribus oriuntur, in quorum exequutione debent interuenire homines, erroribus, & falsitatibus obnoxij, & qui factorum certitudinem habere non possunt, necessarium est, vt exequutionem exteriorem pœnarum præcedat declaratio super facto, ne pœnæ exequutio fiat contra innocentes, & immerentes. Itaque in hoc articulo differunt valdè forus interior conscientiæ, & exterior, quod significamus Hispani eo modo loquendi. *Para lo Dios està descomulgado, es infame, ò incapaz; quanto a los hombres no lo està mientras no se declara por culpado.* Exempla sunt *in leg. Barbarius, ff. de offic. Prætor.* quo vsus est *Felinus*, excommunicati non declarati, quo vsus est *Ancharran. dict. consil. 189.* peccatoris tolerati, quo vsus est *D. Thomas 3. par. quæst. 90. artic. 6. & textus in cap. non prohibeat, cap. sicut Iudas de consecrat. dist. 2.* optimus text. *in cap. ex tenore 4. de temp. ordinat.* ibi: *Veruntamen quia peccatum occultum est, si promoueri voluerit, cum non debes aliqua ratione prohibere.* Igitur vbi non fuerit sententia daclaratoria, non ptest repelli à successione incapax, neque indignus, neque excommunicatus potest priuari Ecclesiastica sepultura, & alijs beneficijs.

45 Non est dissimulandum *Geminianum consil. 146. num. 1. vers. Non obstat, cap. cùm secundum, & Alciatus in d. l. si quis maior, nu. 61. C. de transact.* eius doctrinam sequutum subobscurè, cui idem videtur acquiescere *Gregor. Lopez in l. 4. tit. 2. par. 7. gloss. 3. post. med.* item *Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, Reuertatur, numer. 403. C. de donation.* dicere; tunc non esse necessariam declaratoriam sententiam ad exequendam pœnam ipso iure incursam: cum iudex est competens ad exequutionem eiusdem, tametsi idem *Tiraquellus*, ab hac sententia recedat. Quæ quidem meritò displicet, est enim contra *textum* expressum *in dicto cap. cùm secundum, de hæret. in 6.* iuxta communem interpretationem. Nam decisio illius *text. in versicul. Confiscationis*, non solum procederet si exequtio contra hæreticum facienda esset à sæculari, sed etiam si fieret ab Ecclesiastico, & ratio decidendi illius vtrumque casum comprehendit, eaque quam considerat *Baldus num. præcedenti commemorata*. Quod ex eo planè colligitur, quoniam cùm *in l. eius, qui delatorem, in princip. ff. de iur. fisci*, agatur de iudice compete̅te ad exequutionem nihilominus dicitur: *Oportet constare prius, & de crimine pronunciari.* Semper igitur declaratoria sententia præcedere debet exequutionem.

46 Secundò limitanda est prædicta resolutio, quando delictum est notorium: nam quando pœna ipso iure incurritur, & simul delictum est notorium, non est necessaria seutentcentia declaratoria, sed standum est facto notorio, & illo stante absque sententia, post pœna exequutioni mandati. Hanc limitationem tradit *Anton. Gabr. lib. 7. commun. d. conclus. 12. nu. 2.* pro qua refert quamplurimos *capicius decis. 122. num. 25. Gregor. Lopez in d. l. 4. tit. 2. par. 7. glos. 3. vers. Quod tamen limita, Alfons. de Castro de potest. legis pœn. lib. 2. c. 8. §. Dominicus de Sancto Geminian. & c. 10. §. Felinus. Mascardus de probat. conclus. 1264. Ad hoc vt quis pro rebelle, vol. 3.* quia in notorios ordo est ordinem non seruare: & in illis non est opus cognitione, sed executione, vt ex *Baldo, Saliceto, Panormitano, Socino, & Felino*, notauit *Colerus de processib. executur. par. 3. c. 1. num. 15.* & probat *text. in cap. super eo 3. de testib. cogend.* Ratio fundamentalis esse potest, quoniam in hoc casu ob notorietatem facti cessant rationes, ob quas dum factũ est dubium, & incertum, exequutionem pœnæ debet præcedere sententia, non enim est periculum, ne erretur, vt considerauimus *suprà num. 43.*

47 Contrariam tamen huic limitationi sententiam, quinimo in delictis etiam notorijs requiri ad exequutionem pœnæ præuiam sententiam iudicis declaratoriam, pugnacissimè defendunt *Cayetan. 2. 2. q. 12. art. 2. Couarr. in cap. alma mater, 1. par. §. 2. numer. 9. & 10. Farin. in prax. crim. q. 21. n. 116.* qui dicit, hanc sententiam esse æquiorem, communiorem, & in praxi receptam, *Thom. Sanch. operis moral. lib. 2. d. cap. 22. n. 15.* cum multis, quos allegat *Hippol. de Marsilijs* post multa hinc inde allegata *in repet. Rubric. C. de probat. num. 246.* apud quos vide fundamenta, ne nimis digrediamur.

48 Nihilominus negari non potest, prędictam limitationem secundam esse probabilissimam, quam confirmat *text. in l. palam. 43. § Quæ in adulterio, ff. de ritu nupt.* in cuius casu non sat est absolutam esse mulierem, ne incurrat pœnam legis ob criminis notorietatem. Idem probat *text.* ita intelligendus *in Extrauag. quoniam nuper. in princ. qui sint rebelles*, ibi *Acta praua malorum potius, quam verba sententiarum ipsos faciunt pœna condignos*, & eodem modo accipiendus est *Isernia in cap. 1. numer. 13. quæ sit prima causa benè amit.* iuxta *text.* quos allegat ad suam doctrinam

nam

nam confirmandam, videlicet *d.l.palàm*, quæ loquitur de delicto notorio. Neque tamen omittendum est, *text. in d.Extrauagant.* solum cadere in rebelles Imperio, cuius auctor fuit Henricus Imperator, non autem extendit se ad rebelles alijs Regibus, vt sentiunt *Bart. in eadem Extrauaganti, verb.Rebellando, num. 3. & Peregrinus* cum multis, quos refert *de iur.fisci,lib.3.tit.8.n.9.* quòad quos locum habent *tex.in l.amissione 5.§.Qui deficiunt, ff. de capit.diminut.& in l.quisquis, C.ad Iul.Maiestatis*.

49 Cum verò notorium duobus modis dicatur, vt notat *Abbas Panormitan.in cap.vestra 7.num. 14. de cohabit.cleric.& mul.Far.in praxi crim q.21.num.9.* videlicet, aut notorium iuris, aut facti, cum Doctores dicunt, in delictis notorijs non esse necessariam præuiam sententiam declaratoriam, id intelligunt in delictis notorijs de facto illis scilicet, quæ cælari minimè possunt quia per euidentiam occulorum apparent, vel sunt commissa coram Populo, aut eius maiori parte, vel in platea, vel coram multitudine personarum, iuxta latè deducta à *Farinac. d.q. 21. ex num.38.* per multos sequentes. Hanc declarationem tradit idem *Farin.ibidem num.166*

50 Illud super est adnotandum, quoties incurritur ipso iure pœna confiscationis, seu rei singularis, quæ in commissum inciderit, seu quotæ partis bonorum rei, si ipse non habeat aliunde, vndè soluat creditoribus, seu totius patrimonij, quia non habet aliunde vndè soluat: creditores esse fisco præferendos, & fiscum post incorporata bona rei manere obligatum ad satisfaciendum creditoribus, etiam chirographarijs (quatenus tamen est in bonis, vt obseruat *Clarus lib.5.sentent.§.fin.quæst. 78.nu. 30.* seruata decisione *text.in l.vnica, C.pœnis fiscalib. cred.præferri, lib.10.& in l.summa 17.leg.quod placuit 37.ff.de iure fisci*, iuxta dicta *superiùs num.26.* in casu, quo in fauorem fisci contrahitur hipotheca. Tractat *Peregrin.de iure fisci, libr.5.tit.1.num.54.ex vers.Sic etiam, Iul. Clar. dict. quæst. 78.num.28.& 29.Bossius tract.criminal.tit.de bonorum publicat.ex num.11.Cuiacius in dict.l.in summa, & in dict.l.quod placuit* prosequiturque latiùs *Sanchez operis moralis lib. 2. cap.22. quæst.vltima ex num. 74.* Atque ita practicatum est anno 1616.cum mandato Philippi III. Hispaniarum Regis domini nostri, facta est in Prouincia Bœtica, & Oretana, quam vulgariter *Estremadura* dicimus, ex pulsio Moriscorum, pro qua facienda publicatum est Bannum 17. die mensis Ianuarij prædicti anni, quo confiscata sunt omnia eorum bona stabilia. Cùmque confiscatio facta esse pro criminalibus læsæ Maiestatis diuinæ, & humanæ, ob quæ ipso iure incurritur pœna amissionis omnium bonorum, nihilominùs Pijssimus Rex iussit solui ex illis omnibus creditoribus, reseruatis bonis omnibus mobilibus, eisdem expulsis, & expedita sunt Regia rescripta, quibus id iniugebatur iudicibus designatis pro prędictorum bonorum administratione, è quibus ego fui vnus qui præceptum illud exequutioni mandaui in villa dicta *Hornachos*, eiusdem Prouinciæ Oretanæ, quæ integra à Morischis habitabatur. An verò indifferenter omnibus sit soluendum, an illis solùm, qui antè delictum contraxerunt, & quando censendi sint contrahere in fraudem fisci, tractant Doctores *in l.post contractum, ff.de donat.& in l.si quis post hac, C. de bonis proscriptor.Sanchez vbi supra, quæst.3.ex num. 31.*

SVMMA DISPVTATIONIS Secunda.

1 *Cumulare quid sit; & de cumulatione actionum. De cumulatione iudicij petitorij cum possessorio qui tractent.*

Agere nos de cumulatione processuum, quæ est multo diuersa cumulatio, ibi.

2 *Cumulatio processuum ex quibus causis fiat, iuxta sententiam Parladorij.*

3 *Exceptio, nè continentia causæ diuidatur locum facit cumulationi processuum, & sub se comprehendit omnes alias causas.*

4 *Mutare iudicium, & diuidere iudicium differunt.*

5 *Exceptio litis pendentiæ, seu preuentionis, & exceptio, ne continentia causæ diuidatur locum faciunt cumulationi actorum.*

6 *Quod attinet ad exceptionem litis pendentiæ quibus modis limitetur hæc resolutio, remissiuè.*

7 *Vt exceptio, nè diuidatur continentia causæ operatur cumulationem, opus est allegatione, & oppositione.*

8 *Et opponi debere antè litem contestatam qui senserint, & numer. 9.*

10 *Posse hanc exceptionem opponi in qualibet præiudicij verior sententia.*

11 *Vna causa non habet continentiam ad se ipsam.*

12 *Vsus recipit, vt in qualibet parte litis opposita hac exceptione vitantur processus, vt causa tractetur coram eodem iudice.*

13 *Causæ continentia diuiditur cùm actor, & reus sunt diuersi fori.*

14 *Causæ continentia potest diuidi cùm reus est contumax, quia amittit exceptionem, eam tamen recuperat, si se sistat coram iudice citante, refectis expensis.*

15 *Causæ continentia diuiditur cum iudex non habet iurisdictionem super tota lite.*

16 *Continentia Causæ potest diuidi in executiuis.*

17 *Non possunt cumulari processus, qui exercentur sub diuersis instantijs.*

18 *Quando in contractu interuenit iuramentum posse agi coram diuersis iudicibus qui senserint sed sententia est falsa.*

19 *Continentia causæ potest diuidi, & cessare cumulatio actorum, quando iudicium ex iustis alijs rationibus diuisionem receperit.*

20 *Actorum nomine qui comprehendatur.*

21 *Reprehenditur praxis Regni Neapolitani circa cumulationem actorum.*

22 *Detegitur fraus frequentissima in libellis porrectis coram Præside S. C. & quid debeat attendi ad vitandam fraudem.*

23 *Acta originalia debent transmitti ad actuarium, apud quem fit cumulatio.*

24 *Reproductio actorum debet fieri post cumulationem, vt acta fidem faciant.*

25 *Reproductio non est necessaria in Regno Castellæ, nec in Neapolitano.*

26 *Cumulatio apud quem Actuarium fieri debeat, & numer. 27.*

DISPVTATIO II.

An, & quando debeat in iudicio fieri actorum cumulatio.

1 CVmulàre vniuersim est multa in vnum coacerbare. Cumulatio autem sæpè sæpiùs apud professores iuris ciuilis accipitur pro iure persequendi in vno, atque eodem iudicio, quod cuique debetur multis editis actionibus gratia minuendarum litium permisso *l. si idem cum eodem 11. in princ. & per tot. ff. de iurisd. omn. iud. l. vlt. Cod. de annal. except.* alias definitiones cumulationis retulit *Farin. in prax. crim. quæstion. 100. cap. 3. nu. 124.* Quemadmodum enim cumulus debiti vocatur coadunatio multarum summarum, *leg. si plures 9. §. Cumulum, ff. de pact.* ita cumulus actionum est editio simultanea plurium actionum, vt notauit *Caluinus in Lexico, verb. Cumulatio ex Oldendarbio, & Prateio.* De cumulatione actionum tractant Doctores communiter *in l. edita 3. Cod. de edendo, & in §. Si minus Instit. de actionibus, Vbi Iason numer. 12. & 26. Angelus Aretinus ex numer. 35. Dynus in cap. nullus pluribus 20. ex num. 8. de regul. iur. in 6. Felinus in capit. significantibus 2. ex numer. 21. de libell. oblat. Thusco litter. C. conclus. 1095. & 1096. Fachineus controuer. iur. lib. 12. capit. 1. & 2. Villadiego in Polit. in exordio form. libellandi, ex nu. 4. & ex num. 7. Surdus cons. 266. libr. 2.* De cumulatione autem iudicij petitorij cum possessorio agunt *in l. naturaliter 12. §. Nihil cõmune, ff. de acquir. poss. Menoch. de possessor. remedijs in diuersis locis,* in specie *de adipiscend. possess. remed. 4. ex nu. 502.* vbi latè, copiosè, & optimè *Ioannes Garcia de nobilitata, gloss. 11. per totam, Rebuffus in repetition. capit. Pastoralis, ex numer. 105.* præsertim *ex numer. 145. de causa possess. & propriet. Thusc. vbi supra Villadiego vbi supra ex numer. 23.* De cumulatione vnius remedij possessorij cum alio *Surdus consil. 273. libr. 2.* & videatur *Menochius in indice operis de remed. possess. verb. Cumulatio, Cumulari.* De cumulatione actionis ciuilis, & criminalis, *Farinac. in prax. quæst. 100. capit. 3. ex numer. 119. & Surdus consil. 139. libr. 1. Fachinæus libr. 9. controuersia capit. 2.* Nos hoc loco strictiùs agimus de cumulatione, quando scilicet actorum cumulatio locum habeat, quæ vel à diuersis Actuarijs facta sunt vel coram diuersis iudicibus agitantur, vel coram vno iudice sub diuersis processibus, & quando sint vnienda acta, vt coram vno tantum actuario, vnoquoque dumtaxat iudice, & vno solum iudicio, & sub vno processu causa sit prosequenda, & terminanda? Quæ est multo diuersa ab actionum cumulatione, vt rectè adnotauit *Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. 9. num. 8.*

2 Et idem *Parlador. d. cap. 9.* de hac cumulatione fusiùs, & meliùs omnium, quos viderim, agens, quem sequitur *Villadiego in Polit. capit. 1. ex nu. 13.* docet, prædictam cumulationem fieri debere ob qualibet ex tribus causis, Primò ratione exceptionis *rei iudic.* videlicet quoties res iudicata in vno iudicio pareret exceptionem rei iudicatæ in alio, iuxta *l. Iulianus 3. l. singulis 6. leg. si qua 7. §. & generaliter. ff. de except. rei iudic.* Quorsum enim causa tractabitur coram duobus iudicibus, aut sub diuersis processibus, terminanda erit diuersis temporibus si semel ab vno iudicata, potest coram alio exceptio rei iudicatæ proponi, quæ diuerso iudicio obstatura sit iuxta *text. in capit. 2. de exception. in 6.* Secundò ratione exceptionis *litis pendentiæ.* non est enim procedendum coram secundo iudice quando cœpta est causa agitari coram primo iuxta *l. vbi acceptum 30. ff. de iud.* Iste enim est vnus ex effectibus præuentionis, ne possit alius iudex, quàm præueniens vlterius de causa cognoscere, vt latius dixi *priore tomo, titul. 1. disp. 2. q. 7. sect. 3. ex num. 899.* Tertio, ratione exceptionis, *nè continentia causæ diuidatur l. nulli 10. C. de iud. l. cognitio 8. §. Si plures, ff. de liber. causa, c. 1. de caus. possess. & propriet. cap. 1. de sequest. possess. & fruct.* Etenim quoties hæc exceptio opponi potest, acta sunt cumulanda, & ex duobus iudicijs vnum faciendum, vnusque processus quoniam connexorum idem est iudicium, vt dixi *tit. 1. d. disput. 2. num. 176.* connexa verò sunt quæ habent eandem continentiam.

3 Ego existimo, tametsi *Parladorij* sententia vera sit, melius illum dicturum fuisse, si dixisset, ex vna sola causa cumulationem fieri debere, quæ sub se comprehendit omnes alias, videlicèt, cùm non facta cumulatione continentia causæ diuideretur. Itaque sola exceptio, *nè continentia causæ diuidatur,* locum facit vnioni, & cumulationi actorum. Ratio est, quia continentia causæ, seu causas habere vnam, & eandem continentiam multis modis dicitur, vt idem *Parladorius eodem loco, numer. 2.* animaduertit, iuxta doctrinam *Alberic. in dict. l. nulli, num. 2. C. de iudicijs, Bald. ibidem numer. 1. Angel. ante num. 1. Salicet. num. 1. Paul. Castrens. num. 3. circa fin. Alexand. num. 2. & 3. Iason. numer. 3. Matth. de Afflict. decis. 354. numer. 23. Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 4. casu 371. Trentacinq. libr. 1. variar. tit. de iudicijs, resol. 3. n. 2.* Primò vbi eadem est actio eadem res petita, idem actor, & idem reus. Secundò, vbi est identitas rei petitæ, & litigantium, etiam si sit diuersitas actionis, vt contingit in petitorio, & possessorio. Tertio, vbi est identitas personarum, & actionis etiam si sit diuersitas rei petitæ: vt in iudicio actionis tutelæ, & negotiorum gestorum. Quartò vbi est identitas actionis, quæ ex vno, & eodem fonte procedit contra plures, quamuis sit diuersitas personarum, & rei petitæ, vt in iudicio actionis tutelæ contra plures tutores, aut quãdo multi sunt debitores vni creditori alicuius quantitatis ratione vnius obligationis, aut quando multi habent vnam rem communem, aut sunt multi creditores vnius debitoris concurrentes contra eius bona, vt notauit *Villadiego in Polit. d. cap. 1. numer. 13. vers. Ten concurso, cum vers. seqq.* Quintò, vbi est eadem actio, & eadem res petita, sed personæ sunt diuersæ, vt in duplicibus iudicijs, finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi diuidundo. Sextò, quando iudicia se habent vt genus, & species. Paulò aliter explicat *Gayl obseruat. pract. libr. 1. obseru. 32. ex num. 3.* reducens continentiam causarum ad quatuor genera, *& Ioann. de Imola cons. 139. Præfatus Summus numer. 2. & 6.* tres enumerans modos quibus dicitur causas habere eandem continentiam. Cùm igitur continentia causæ quatenus ad omnes istos modo extenditur, tam latè petat, vt sub se comprehendat, & complectatur omnes casus, ex quibus primæ ille exceptiones oriũtur: nam continentia causæ primo modo accepta includit primum casum, in quo exceptio rei iudicatæ obstat nouo iudicio, vt *in l. 1. & an eadem 14. ff. de except. rei iudic. & in cap. 1. de litis contest. in 6.* & secundum, quando idem iudicium proponitur, & exercetur coram diuersis iudicibus, non attenta exceptione præuentionis, vt in *dict. leg. vbi cœptum, ff. de iud.* tunc enim diuiditur continentia causæ quomdammodo, tametsi minus propriè, cùm maior sit continentia vnius causæ ad se ipsam, quàm duarum inter se, vt notarunt *Cynus in dict. leg. nulli, circa fin. Iason. ibidem*

ibidem num.6.C.de iud. fit vt generalis exceptione continentia causæ diuidatur, iuxta Parladorij, & Afflicti sententia, faciat locum vnioni, & cumulationi processuum sine necessitate alicuius alterius causæ.

4 Verum est Iasonem in dict.l.nulli, num.1. & 3. animaduertere, versari discrimen inter mutare iudicium, & diuidere iudicium. Nam mutare iudicium est causam coram vno iudice cœptam, trahere, & prosequi coram alio iudice, contra text.in l.si quis postea 7.& l.vbi acceptũ 30.ff. de iud. obstante exceptione præuentionis, seù litis pendentiæ. Consonat Paulus de Castro in dicta l. nulli, numer.2. dicens, hunc casum nullo modo pertinere ad dicta l.nulli, sed ad dict.l. vbi acceptum. Item Afflictus decis. 354.numer. 2.3.4. Diuidere verò iudicium est separare connexa, & coniuncta, eaque quæ se contingunt, & ad eandem continentiam pertinent, & tractare vnum coram vno iudice, alium coram alio, & hoc est propriè diuidere continentiam causæ. Quæ autem dicantur continentia, rectè animaduertit Thuscus, afferens exempla, liter.C.conclus. 975. eiusdem enim ad seipsum non potest esse propriè continentia quippè cùm continentia relatio sit, ac proinde præsupponat diuersitate inter relata, non enim refertur idem ad se ipsum. Et ea ratione, qua similitudo relatio est, dici solet simile non esse idem, gloss. in verb.Dolum esse,in l.quod Nerua 32.ff.depositi, ex authoritate Aristotelis, gloss. in cap. capitulum 30.verb. Consimili, de rescript. vbi Felin.num. 4. & more suo multa allegat Gutierrez lib.2.pract.q.176.num.4.Quod adeò verum est, vt si commune Theologorum axioma, desumptum ex D. Anselmo lib.de processione Spiritus Sancti, non esse in diuinis distinctionem, nisi vbi obuiat relationis opposito. Meminit D.Thom. 1.part.q.28.artic.2. & artic.3.ad 3. vbi Caietanus, Molina disp.3.Vazquez disp.138.cap.1. num.2. & disp.147.cap.4.numer.16.& capit.5.num. 21.& 22. & disput.148.cap.2.num.5.Francisc.Suarez 1.p.Summa Theologiæ, tractat.de Trinitate, libr.5.cap.5.num. 1. Tam repugnat relatio cum identitate, & tàm inaduertente dixerunt Cynus, & Iason suprà relati, maiorem esse continentiam vnius causæ ad seipsam, quàm duarum causarum inter se. Et de hac diuisione continentiæ causæ agitur in dict.l.nulli, per quam fieri prohibetur sub certa pœna denegationis audientiæ, & alia arbitrio iudicis reseruata.

5 Iuxta hanc igitur doctrinam, quæ verissima est duæ sunt exceptiones, quæ cum obijci possunt, locum faciunt cumulationi actorum, & vnioni processuum Prima est exceptio litis pendentiæ, seu præuentionis, nam ista cum habet effectum, vt iudex, qui præuenit deinceps cogniturus sit de causa, exclusis alijs omnibus, vt notaui dict. titul.1.disp.2.ex num.899.ac per consequens omnia acta circa eandem causam ad eũ sunt remittenda, & coniungenda cum actis, per quæ facta est præuentio, vt planè probat text.in d.l.si quis posteà 7.& in d.l.vbi acceptum 30. ff.de iud.l.cùm quædam puella 19.in princip.ff.de iurisd. omn. iudic.l.1.§.vlt.C.de assert.toll.l.tam.collatores, §.vlt.C.de re milit.lib.12.cap. proposuisti, de foro comp. notat Didac. Perez in Rub.tit.1.lib.3.Ordinam.col.743.§. quæro cœptum est iudicium, vbi plurimos allegat Gurba decis.23. ex num. 1. Secunda exceptio est, ne continentia causæ diuidatur, ea enim, quæ ad eandem continentiam pertinet, coram vno, & eodem iudice sunt tractanda, sub vnoque, & eodem processu, dixi dict.tit.1. dict.disp.2. n.732.& 894. iuxta notos text in l.si plures, vlt.ff.rem pupill.saluam fore, in l.1. & 2.ff.de quib.reb.ad eudem iud.eatur, in l. cognitio 8. §. si plures, l.si pariter 9.ff.de liberal.caus.d.l.nulli 10.C.de iud.l. omnes 5.C.arbitrium tutelæ, l. non cogitur 22.ff. de iud. cap. vlt.de rescr.cap.dispendia 3.eod.tit.in 6.l.12.tit.1.lib.8. Recop.notat Innocent.in cap.cùm M. Ferrariensis, num. 10. de constit.Baldus in l.si idem cum eodem 11.§.quod si mutuæ, in 1.lectura n.2.& 3.ff.de iurisdict.omn.iudic.Marian.Socinus, omnino videndus, in cap.prudentiam, vers.11.ex nu.21.circa fin.de mutuis petition. vbi latè, & melius omnibus tractat, Bossius diuersor.tract.tit.de foro competen.ex num.116. Gayl.obseruat.libr.1.obseru.32.Monsyngerius singul.obseruat. centur.1.obseru.97.Gratianus decis.180.nu.5.6.& 7.Igneus in repet.§.non alias, num.537.& in l.necessarios, ff. ad Senatus, Cons.Syllanian.Didacus Perez vbi suprà, column.745.§. vltrà eos suadetur cum §.seq.Viuius decis.136.Chassanæus in consuetud.Burgund.Rubr.11.§.1.verb.Lots, num. 11.& 12. Thus.lit.C.concl.159.& concl.976.Rice.coll.368.Ioan.de Imola, omninò videndus, cons.139.præfatus Sumus, n.1.& seq.cons.140.& 141.& adde notabilem Baldi ad notationem in l.cùm Papin.14.1.C.de sent.& interloc.omn.iud.post glossam notab. in l.1.ff. de quibus rebus ad eund.iudic.datur.

6 Quam tamen resolutionem quod attinet ad exceptionem litis pendentiæ: seu præuentionis, vt ex ea oriatur actorum cumulatio limitabis iuxta notata à nobis tit. 1. d.disp.2.ex n.900.eisdem limitationibus, quibus limitandus est primus effectus præuentionis, & d.l.vbi acceptum 30.ff.de iud. quas nos ex parte tradidimus dicto loco, & latius congesit Felin. in cap.cùm M. Ferrariensis 9.n.15. de constit.& in cap.ex tenore 16.ex n. 15. de rescript.& in cap. proposuisti, n.2. de foro comp.Dec.in d.cap. ex tenore, ex nu. 34.Paul. in d.l.nulli, numer.3.C.de iudic. Marian.Socin.in d. cap.proposuisti, ex n.29.Afflict.in cap.Imperialem, §.præterea si inter duos, n.10.Aluarot.ibi, n.4.vers.Nec obstat regula, Præpositus nu.4.vers. Nec obstat, de prohib. feud. alien. per Feder.Lancellot. de attentatis, 2.part.capit.4. lim.2. ex num. 44.Caceranus decis.78.nu.18.Trentacinq.Variar.resol.libr.2.tit.de iudic.resol. 10.Marcellus Calà de modo art. gloss.1.ex num.27.Castill.quotid.controuers.lib.3.capit. 25. ex num.39.vbi plurimos refert, & alij, quos dict.a disp.2. num.904.retulimus. Vbi enim cessauerit effectus præuentionis, cessare quoque debet actorem cumulatio, quæ ex ea originem ducit.

7 Eandem resolutionem quã ex parte tangit exceptionem, ne continentia causæ diuidatur, vt tunc sit facienda actorum cumulatio limita primò, vt procedat tunc cùm à patre litigante opponitur petente vnionem processum, alioqui si nihil opponatur, poterit simul à duobus iudicibus procedi in causis, quæ pertinẽt ad eandem continẽtiam, aut sub diuersis, & disiunctis processibus. Quemadmodum idem dixi supra tit.1.disp.2.num.900.loquens de exceptione præuentionis, seu litis pendentiæ Etenim cũ actorum cumulatio oriatur ex exceptione illa, ne continentia causæ diuidatur, vbi illa cessauerit, hanc etiam cessare necesse est, & acta non cumulari. Nam cessante causa cessat effectus, c.cùm cessante 60.de appellat.c.& si Christus 26.paulò ante fin.de iur.iurand.cap.cùm infirmitas 13.de pœn.& remiss. plurima allegat Tiraquellus in tract. cessante causa, in princip.n.12.& in speciæ exceptioni causa cessãte, cessat eiusdem exceptionis effectus, l.si pupil.§.si autem debitor pupil.& ibi Bart.ff.de solut.Tiraq. vbi supra n.96.Exceptio autem, nẽ continentia causæ diuidatur cessat, vbi nõ opponitur, vt docet post multos antiquos Ias.in d.l.nulli nu.5.C.de iud.Felinus in c.significauerunt 21.num.8.de iud. Afflict.decis.354.num.2.Menoch.de arbitrar. centur.4.casu 371.num.20.Cravetta cons.60.num.5.& cons.258.num.7. Syntagma commun.opinion.lib.3.tit.1.numer.26.vers.Quinto fallit, Gayl.lib.1.obseru.pract.obseru.32. numer.12.& 13. Trentacinq.libr.2.var.titul. de iudic.resol.3.num.10. Ergo

similiter cessabit actorum vnio, & cumulatio.

8 Quæret quispiam, quo tempore debeat opponi exceptio, *nè continentia causa diuidatur*, vt debeat iudex, coram quo proponitur supersedere, & vnio, seu cumulatio processuum locum habeat?

9 Et *Iason in d.l.nulli, num. 6.* sentit, hanc exceptionem dilatoriam debere opponi ante litem contestatam, postea non posse, iuxta *text.in l.Prætor, §.vlt.ff.de vocat. & excusat.mun.l.exceptionem, C.de probat.l.penult.& vlt.C.de except.cap.inter Monaster.20.de sent.& re iudic.l.9.tit.3.par. 3.leg.1.tit.5.lib.4.Recop.* & quæ notat *Paz in prax.tom.1. p.5.temp. num. 14.Mnsyng.singul.obseruat.cent.1. obser.97. numer.3.* esseque hanc exceptionem ex illis, quæ impediunt litis ingressum, cum textus *in d.l.nulli*, dicat denegandam audientiam continentiam causæ diuidenti Probat suam sententiam, quoniam maior est continentia vnius causæ ad se ipsam, quam duarum inter se. Sed exceptio litis pendentiæ, seu præuentionis debet opponi ante litem contestatam, & post litem contestatam non potest id docentibus *Bald. in leg.peremptorias numer.40. Cod.sent. rescind.non posse, & in Auth.sed nouo iure num.12.C.de seru. fugit.Alex.cons.105.num.26.lib.3.Felin.in cap. cùm M.Ferrariensis, numer.25.de const.* ergo simili modo exceptio *ne continentia causa diuidatur*, erit dilatoria, & ante litis contestationem proponenda.

10 Contraria sententia, quinimò exceptionem, *ne contitinentia causa diuidatur*, etiam si sit dilatoria, posse opponi in qualibet parte iudicij verior est; quam amplectuntur *Alberic.in d.l.nulli, num. 2.* post *Iacobum de Bellobiso*, quem refert, *& Alex.ibi num.6.Afflictis d.decis.354. numer.8.& 9.* qui reprehendit *Iasonem Ioann. Francisc. dict. Ponte cons.70.num.13.Trentacinquius variar.resol. libr. 2. titul.de iud.d.resol.3.nu.10.vers. Secunda est*, insignis *Ricc.* amicus noster, *collect.368.Afinius in praxi, §.13.cap.2. limit.18.* Rationem verò, cur hæc exceptio quamuis dilatoria possit in quacunque parte litis opponi, redduntquoniam, inquam, diuisioni iudicij lex resistit, & imponit pœnam iuxta *text.in d.l.nulli*, ac per consequens quidquid contra sit, nullum est, *l. non dubium 5.C. de legibus*, iudiciumque post oppositionem istius exceptionis quandocunque opponatur, erit nullum: in cæteris verò exceptionibus dilatorijs, id non contingit, quia earum oppositioni post litem contestatam, & earum effectui lex non resistit, sed dumtaxat non assistit.

11 Ad argumentum verò Iasonis, quod ipse vocat fundamentum forte, facilè respondetur, nullam causam cum se ipsa habere posse continentia quia continentia cùm relatio sit præsupponit diuersitatem inter extrema, vt dixi *superiùs num.4.* Itaque maior propositio falsa est, & sic illud forte fundamentum corruit. Præsertim cum inter cæteras exceptiones dilatorias ex vna parte, & exceptionem, ne continentia causæ diuidatur, ex altera, versetur discrimen illud traditum ab Alberico, & cæteris, quod superius expensum est *num. præcedenti*.

12 Quoad vsum, & praxim attinet, certissimum est, tam in Hispania, quàm in hoc Regno Neapolitano, quoties petitur cumulatio actorum, seu vnio processuum ex quauis causa seu primæ exceptionis litis pendentiæ seu, nè continentia causæ diuidatur, post habitis istis iuris sublimitatibus in quauis parte litis cumulationem fieri, vt tota causa coram eodem iudice tractetur sub vno, eodemque processu, ea ratione, ne vel in vna causa, vel in duabus inuicem connexis, & quæ ad eandem continentiam pertinent, oriantur diuersæ, repugnantesuè sententiæ, quod permitti non debet, *dict.leg.cognitio, §.si plures, ff.de liber.caus.l.tàm collatores 17.§.vltimo, Cod. de re milit.libr.12.* notant *Ioannes de Imola, cons.139.numer. 4.vers. Quinimò, & quinto. Ignæus in repet. §. non aliàs, num. 537. in l.necessarios, ff. ad Syllanianum, Ponte d.cons. 70.num.2.vol.1.* Quæ ratio æquè militat siue proponantur prædictæ exceptiones ante, siue post litem contestatã.

13 Limita secundò, quando actor, & reus sunt diuersi fori, diuersi, inquam, & omninò dissimilis, vt si actor sit fori sæcularis, reus verò fori Ecclesiastici, tunc enim non est incommodum diuidi causæ continentiã, & quod consequens est, processus esse separatos, & non vniri, aut cumulari, quoties nisi continentia diuideretur, esset conueniendus reus coram iudice incompetenti. Hanc limitationem probat *cap.significauerunt, vltimum, de iud.* & ego notaui *superiore tit.disp.2.q.7.sect.3.ex num.955.* post *Butrium. Panormit. Imol. Anchorr. Felin. & Anton. Fabrum*, quibus addo *Hostiensem in d.cap.significauerunt, ante num. 3.Iason.in d.l.nulli, num. 6.Paul. num. 2.Francisc. Marcum quæst.77.1.part.Crauet. consil. 358. numer.7. Menoch.dict. casu 371.num.21.Cephalum cons.387.num.28.lib.3.Trentacinq.d.resol.3.num.8.*

14 Limita tertiò, quando reus conuentus esse contumax coram iudice primò præueniente, tunc enim perdit beneficium *dict. leg. nulli*, vt ibidem notat *Paulus numer.3. Iason num.6. vers. Tertio notabiliter limita. Syntagma com. mun.opinion.libr.3.titul.1.numer.26.Trentacinquius dict.resol.3.numer.9.* quemadmodum & beneficium *dict. leg.vbi acceptum*, vt notaui *superius tit.1.dict.disp.2.num.901.* vbi *num.902.* sublimitandam dixi hanc limitationem, si reus contumax refectis expensis se sistat coram iudice, nam recuperat dicta beneficia quidquid alij senserint. Idem prorsus dicendum est de beneficio cumulationis actorum quod consequens est ad illa.

15 Limita quartò quando iudex non habet iurisdictionem super tota lite, nam tunc oportet diuidere iudicium, & super illo pluri vltra iudicijs iurisdictionem adire alterum iudicem, Ita sentit *Bart.in leg. in commodato 17.§. duabus, ff.commodati*, vbi videbis longam additionem satis intricatam, *Ias. in d.l.nulli, numer.6.vers. Quartò, Ioannes de Imola d.cons.139.num.7. & cons.140.num.2.4.& 5.& cons.141.num.1. Matesilanus singulari 115. nota quod si ex centum*, vbi duę egregiæ additiones, *Menoch.d. casu 371, num.23.Trentac.d.resol.3.num.11.* vbi latè declarat. Circa quam limitationem, quæ multum est dubitabilis, vide *Alexand.in l.si mihi, & tibi 12. in principio, numer. 6.ff. de legat.1.* qui ostendit, quatenus vera esse possit, & eo casu non est facienda actorum cumulatio.

16 Limita quintò in executiuis, nam in commodum non est adire diuersos iudices, & agitare diuersos processus apud diuersa tribunalia, quò debitor soluere compellatur: quemadmodum non est incommodum simul, & semel impetrare diuersas vias executiuas, seu diuersa remedia executiua. Hanc limitationem tradit *Ias.* quamuis dubius *in dicta leg. nulli, numer.8.vers. Sexto, & vltimo cogita*, magis tamen firmiter, & resolutè, *consil. 9. ex numer.41.& consil.28.numer. 8.volum.1. Beccius consil. 17.numer.3.lib.1.Robertus Lancellotus de attentatis 2.par. capit.4.limitat. 2. numer. 50. Anton. Gabriel. libr. 2. commun.tit. de iudicijs conclus.1.numer.33.& tit. de actionib. conclus. 4. num. 9. Quintilianus Mandosius de inhibitionib.q. 121. Anton. Massa Gallesius ad formul. cameral. obligat. ad tertiam particul. quæst. 2. numer.2. aliàs quæstion. 11. num. 2. Scaccia de appellation. quæst.17.limit.9. numer.45. versic. Comprobatur Paz in praxi 1. tomo 4. part.capit.2. num. 4. Azeuedus*, qui tamen limitat in *l.1.numer.154.tit.21. lib.4.*

libr. 4. Recopilat. Matthias Colerus de processib. executiuis 4. part. capit. 1. numer. 72. Thuscus liter. C. conclus. 976. numer. 4. vbi dicit communem oppinionem, *Maranta disputat. 6. numer. 2. post praxim, Hæuia Bolano in Curia Philippica 2. part. §. 1. numer. 3. & 4. Caualcanus decis. 1. num. 15. 1. part. Felicianus de censibus tomo 1. libr. 3. cap. 2. num. 9. Seraphinus de priuil. iurament. priuil. 77. numer. 81. infin. Grassis de exceptionibus in præludijs, numer. 59. Trentacinquius libr. 2. variarum titul. de iudic. resolut. 3. numer. 13. & resolut. 10. per totam, Amator Rodriguez de execut. capit. 2. numer. 2.* Faciunt quæ tradit idem *Iason in leg. vnica in princip. numer. 22. & 23. & in §. is videtur, numer. 1. ff. si quis ius dicend. non obtemperauerit, & incertus Author inter consilia Alexandri cons. 13. numer. 15. libr. 4. Decius consil. 460. numer. 8. & 9. & Bartolus in leg. consentaneum 8. numer. 17. Cod. quomodo, & quando iudex* Videlicet plura remedia quæ tendunt ad eundem finem esse secum compatibilia; & electionem vnius alterum non tollere, quam doctrinam omnes adducunt, admittunt, & approbant.

17 Limita sexto, vt non debeant, nec possint cumulari processus, qui exercentur sub diuersis instantijs, videlicet processus primæ instantiæ, ante sententia, cũ processu causæ appellationis, vel processus in prima instantia appellationis, cũ processu in instantia reclamationis, seu remissionis. Ratio est, quoniam inde orirетur summa perplexitas, & insuperabile incommodum. Nam ante finitam primam instantiam restant in lite ferendæ tres sententiæ, vt illa omnino finiatur: finita verò prima instantia, restant ferendæ solum duæ: post finitam primam instantiam, appellationis reliqua est dumtaxat ferenda sententia reclamationis. Quid igitur erit faciendum, si vniantur acta primæ instantiæ cum actis secundæ, fiatque vnus processus, & vna causa decidenda? Ferendæ ne erunt duæ sententiæ, an solum vna, vel tres potius? Non quidem tres; alioqui post latam primam sententiã in actis secundæ instantiæ, si pronuntiantur tres, causa diffinietur per quatuor sententias, quod ordini iudiciario repugnat. Neque item duæ solum, quia magnum oriretur damnum illatum causæ tractatæ in actis primæ instantiæ, quæ poterat ex natura sua decidi per tres sententias, si illi auferatur recursus ad tres sententias, ablata illi vna instantia appellationis, vel reclamationis, & duabus dumtaxat finiatur. Neque item potest ferri vna dumtaxat sentẽtia, quia quamuis sit secunda respectu actorum secundæ instantiæ est prima respectu actorum primæ istantiæ, à qua competit appellatio, vel reclamatio. Hanc limitationem videtur tradidisse *Franciscus Marcus quæstione, seu decision. 77. numer. 5. 1. part. Menoch. dict. casu 371. num. 21. in fine.* Pro quo facit quod tradit *Thusc. lit. C. concl. 1096. n. 22.* videlicet, non posse cumulari eodem tempore iudicium ordinarium, & executiuum, quod asserit probari *in leg. 1. C. de execut. rei iudic.* quidquid contradixerit *Alexand. cons. 58. numer. 3. libr. 5.* & eum sequutus *Craueta cons. 6. num. 8. in fine lib. 1.* Conferunt etiam quæ tradit *Barbos. in l. qui prior 29. ex nu. 34. ff. de iudic.* vbi ait, conuentionem, quæ est ordinaria, & reconuentionem, quæ est summaria, non posse pari passu ambulare.

18 Limita septimo, quando iuramentum interuenisset in promissione, nam tunc potest simul agi coram diuersis iudicibus, & quod consequens est, sub diuersis processibus, nempe coram Ecclesiastico, & sæculari, cum iuramentum addat forum foro, vt notauimus *supra titul. 1. disputat. 2. num. 204. ex textu in cap. vltimo de foro compe-*

tent. cum plurimis, quos allegauimus. Hanc limitationem, tametsi dubius, tradit *Iason. in d. l. nulli num. 6. vers. Quinto, cogita,* firmiùs eandem defendit *d. cons. 9. ex num. 4.* cum sequitur *Menoch. d. cas. 371. numer. 24. Trentacinquius dict. resolutio 3. num. 17.* Ego de illa multum dubito, & vt ingenuè fatear, non credo veram. Nam quod dicitur iuramentum addere forum foro, non est quod apud diuersos foros simul agi possit de contractu iurato, sed quòd sit in potestate actoris eligere ex duobus foris Ecclesiastico, vel sæculari, quod malit, in quo debitorem suum conueniat, vt rectè animaduertit vbi supra *Trentacinquius.*

19 Limita octauo vt & continentia causæ possit diuidi, & cessare cumulatio actorum, quando causa ex iustis alijs rationibus diuisionem receperit. Ita sentit *Marianus Socinus Iunior cons. 136. nu. 6. lib. 2.* & illum sequutus *Menoch. dict. casu 371. num. 26. Cephal. cons. 387. num. 26. et sequent. lib. 3. Trentacinquius d. resolut. 3. num. 14. Thuscus lit. C. dict. concl. 976. num. 14. potest Alexand. cons. 64. num. 6. vers. Non obstat, quòd non debuit, lib. 7.* qui exemplificat in casu, quo vnus ex reis recusat iudicem, alius non potest autem proponi commodissimum exemplum in iudicio facto aduersus plures reos ob delictum commissum, in quo sint complices vnus laicus, alter Clericus, vel in negotio tangente Clericum, & laicum; nam iudicium diuidendum est, tametsi sit eiusdem continentiæ, & qua ex parte tangit laicum tractandum coram sæculari, qua ex parte Clericum coram Ecclesiastico, vt docent *Couarru. in practicis, cap. 34. num. 1. Iul. Clarus libr. 5. sentent. §. fin. quæst. 36. num. 46. Farinac. in prax. quæst. 8. num. 151. vers. Contrarium, Cacheranus decis. 103. & 173. Capicius decis. 122. Grammaticus decis. 21. Franchis decis. 426. & ibi Addentes Anton. Gomez tom. 3. variar. cap. 10. num. 6. Guttierez lib. 1. pract. q. 6. Foller. in praxi crimin. 1. par. 2. p. verb. Audiantur excusatores, num. 157. Gratian. regul. 9. num. 5. Padilla in l. 1. num. 6. C. de diuersis rescript. Bouadilla lib. 2. Polit. cap. 17. num. 91.* qui ibi in *glossa penult.* refert plurimos, *Trentacinquius lib. 2. var. tit. de iud. resol. 3. n. 3. & 18. Fachinæus controuers. iuris, lib. 9. c. 31. Ceuallos in Specul. practic. tom. 4. quæst. 897. ex nu. 565. & de cognit. per viam violentiæ 2. par. quæst. 69. ex num. 7. Riccius collectan. 368. Emanuel Roderic. Quæstion. Regular. tom. 2. quæst. 2. artic. 4. Igneus in repet. §. non aliàs, l. necessarios, num. 441. ff. ad Senatusconf. Syllanian.* Quidquid immeritò contradicat *Antonius Diana resolut. moral. 3. par. tract. 1. resol. 1.* Tametsi casus iste videatur pertinere ad limitationem quartam supra traditam.

20 Sed cùm de actorum cumulatione agamus, quæret quispiam, quid actorum nomine significemus? Et respondendum est, actorum nomine contineri scripturas omnes factas ab Actuarijs de quocunque facto in iudicis præsentia, etiamsi non fiat in figura iudicij. Ita docet *gloss. 1. in leg. acta 45. et ibi Paulus num. 2. Alexand. numer. 3. idem Paulus in l. actorum 46. num. 3. Alex. ibi num. 5. ff. de re iud. Baldus in l. interrogatam 24. per text. ibi C. de liberal. caus. Doctores in l. is apud quem C. de edendo, Felinus in cap. quoniam contra, ex num. 7. de probationib. Boerius consil. 44. num. 8. Maranta in Specul. par. 5. num. 55. Asinius in prax. §. 14. c. 3. ex nu. 1. cum capitib. sequentibus, et Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 65. ex num. 1. Thuscus liter. A. conclus. 86. et 87.*

21 Ex prædictis infertur. Primò, valdè erroneam esse praxim Regni Neapolitani, iuxta quam, quando coram Domino Præside S. R. C. postulatur vnio actorum, solet interloqui Præses, *videant Magistri actorum heb-*

domandarij, & ex eorum sententia acta vnienda, vel non vnienda decernit. Cum enim in actorum cumulatione, seu vnione occurrant tot iuris articuli decidendi, & ante oculos habendi, neque multum faciles, neque sine controuersia, ab omni ratione alienum est, eos hominibus semper ignorantibus, sæpè sæpius omninò inexpertis decidendos committere, quos certissimum est, nescire, ex qua causa, & in quibus casibus acta sint, vel non sint cumulanda, & vnienda.

22 Secundo infertur, cum in libellis nouiter præsentatis coram Præside S.C. ad finem eos postea præsentandi apud acta, quos vocant suplicationes, qui aliquid noui continent, circa causas iam commissas, & post decretationem Præsidis remittuntur ad causæ Comissarium expediti per solitæ formæ decretum, *idem Magnificus*, cùm, inquam, in istis supplicationibus denuò committendis, seu remittendis, occurant eędem considerationes, quæ in actorum cumulatione, & ex commissione, seu remissione earum sępè sępius oriantur cumulationes iniquissimè quæsitæ, & iniustissimè factę, studio iniquissimorum litigantium, & calumniosissimorum Aduocatorum, quorum in tribunalibus Neapolitanæ ciuitatis ex maxima copia, in magnum periculum, imò detrimentum animarum Superiorum, qui illos impunitos tolerant, toleratis impensè fauent, & ex prædictis peruersis cumulationibus frequentes mutationes veri, & competentis Comissarij, & multoties omnium iudicum causæ variatis Rotis, oculatissimè debere attendi ab eodem domino Præside, eo tempore, quo similes supplicationes porriguntur, quid illę contineant, & an habeant eandem continentiam cum causa, quæ tractatur coram iudice illo, quem litigator petit, an verò potius concernant causam alteri iudici commissam, quem hoc simulato stratagemmate refugere intendit, vt impetret sibi iudicem, quem malis fortassis artibus attraxit, aut quem sibi nimis fauturum sperat, quamuis contra ius, fasque: atque ita causa cognita citatis, & vocatis aduersarijs prouidere, an idem, an non idem Magnificus processurus sit, & cogniturus de contentis in supplicatione, non subito, & ex improuiso, non citata Parte, cuius interest iudicem non mutari. Plerumque enim istiusmodi supplicationes præsentantur quolibet quæsito colore, verè tamen in eum finem, vt Magistri actorum alijs auferant suas causas, aut litigantes refugientes iustitiam, eligant sibi iudicem ad placitum suum; ipsisque placentem, & quod maximè dolendum est sæpè numerò obtinent, quod optant ex Superiorum socordia, aut iniquitate, quod Deo redditori sunt rationem. Quantas, bone Deus, sub hoc occulto, & calumnioso velamine vidi iniquitates, & pauperum litigantium oppressiones?

23 Tertiò animaduertendum est, in omnibus prædictis casibus, in quibus est facienda cumulatio actorum, debere Actuarium acta originalia transmittere ad tabellionem, apud quē actorum cumulatio est facienda. Et de iure Castellæ ille Actuar. a quo remouentur acta nullas sportulas eo nomine desiderare potest ab eo tabellione, apud quem sunt remansura, neque à litigantibus, quemadmodum statuitur *in leg. 1. titul. 27. libr. 4. Recopilat. §. Item de qualquier processo*. Cùm verò cumulatio, & vnio actorum iure fieri non debet, non est compellendus Actuarius inuitus consignare acta originalia, vt vniantur cum alijs, etiamsi apud ipsum vtraque causa actitetur, iuxta doctrinam *Bartol. in l. eos, §. super his, num. 2. Cod. de appellat. Baldus in leg. is, apud quem 2. numer. 2. Alex. ibi, num. 3. Fulgosij numero 1. Pauli num 2. & sequentib. Iasonis numer. 3. Cod. de eden. Boerij decision. 15. numer. 4. & 5.* notat *Parlador. lib. 2. quotid. dict. cap. 9. numer. 4. & 5. Villadiego in Polit. cap. 1. sub tit. accumulacion, num. 13. §. Ten los casos*.

24 Quarto aduertendum occurrit, quoties cumulatio fit, debere eum, quia interest facere reproductionem actorum in nouo iudicio post factam cumulationem, alioqui acta vnita fidem non facerent, vtpotè alterius iudicij, quemadmodum notarunt *Bart. in l. naturaliter 12. §. nihil commune, numer. 32. ff. de acquir. possess. Antonius de Butrio in capit. cum dilectus 6. numer. 10. circa finem, de causa possess. & proprietat. Matesilanus singul. 160. Alexander in dicta leg. is, apud quem, numer. 30. in fin. Iason numer. 24. vers. Nota tamen, Decius numer. 33. Cod. de edendo, idem Alexand. consil. 82. in causa vertente num. 5. lib. 1. Parlad. d. cap. 9. num. 9. & Villadiego vbi sup.*

25 Quæ tamen doctrina secundùm eundem *Paladorius ibidem* vt illiter limitanda est vt non procedat in Regno Castellæ, in quo proceditur in causis spretis iuris solemnitatibus, & sola facti veritate inspecta, iuxta *leg. 10. titul. 17. libr. 4. Recopilation.* Et ex eadem ratione limitanda quoque est in Regno Neapolitano, in quo in omnibus causis proceditur sola facti veritate in specta, iuxta *Ritum 288. & 289. & pragmat. 1. dispendia litium, de ord. iudic.* Itaque in istis Regnis dùm acta vniuntur non oportet Aduocatos solicitos esse de reproductione actorum vnitorum, cum veritas facti satis iudici ex actis vnitis innotescat.

26 Quinto tandem sciendum est cumulationem, & vnionem actorum, quoties fit, aut fieri inter Actuarios diuersi fori, aut eiusdem fori. Primo casu planè pertinent acta vnita ad actuarium illius iudicis, qui de causa debet cognoscere, apud quem & adducenda, & vnienda sunt acta, argumento *c. translato 3. de constitut.* & eorum, quæ ibi tradunt, quod enim de vno connexorum statuitur, ad aliud connexum extenditur. Cùm ergo acta fiant, & producantur; vt definiri possit causa, ille tabellio, apud quem sententia proferanda est, debet apud se habere acta. Secundo casu cumulatio, & vnio fit apud tabellionem, apud quem prius est cœpta lis, iuxta regulam *capit. qui prior. 54. de reg. iur. in 6. & in cap. capitulum 30.* & ea qui ibi notant Doctores, *de rescrip.* & tradit à *Baldo in l. si idem cum eodem 11. §. quod si mutua, num. 3. ff. de iurisdict. omn. iudic.* & à nobis *priore titulo, disput. 2. ex numer.* 899. Qua in re oporter præoculis habere ea, quæ de remissionibus, & præuentionibus dixi *eadem disput. 2. q. 7. sect. 2. & 3.* nam vnio processuum est quodam genus remissionis ex vno iudice ad alterum, quæ ex præuentione sæpè sæpius ortum ducit. Appositissimo exemplo confirmat hanc sententiam *Auendannus de exequend. mandat. 2. part. capit. 15. numer. 6. versic. Sed pone*, cuius doctrinam approbat *Parlador. dict. capit. 9. num. 7.* Si iudex commisso aliquo delicto procederet ex officio coram vno tabellione, inquirendo carcerando, aut sequestrando, & procedente iudice ex officio coram illo tabellione superueniret accusator, qui coram alio tabellione accusationem proponeret, acta nihilominus debent vniri coram tabellionem, qui prius cœpit actitare, & in causa ex officio procedere. Quamuis enim maius sit, & fortius ius accusatoris, quam iudicis respectu, rei accusati, atque ideò præferatur iudex, coram quo porrecta est accusatio iudici inquirenti ante ipsam accusationem, vt dixi *Super. tit. disp. 2. n. 891.* tamen respectu tabellionis, & Actuarij, cui quæsitum est primò ius

ex

ex sua diligentia, atque industria, aut fortuna, non est tantæ potentiæ vt possit priuare ipsum processu, quem ante cœpit scribere, ex beneficio *text. in leg. 1. C. de sport.* vbi notat *Bald. num. 2. Angel. num. 1. & Doctores*.

27 Oportet autem adnotare, id esse verissimum, cùm idem est iudex, qui procedit ex officio, & coram quo proponitur accusatio, aut essent duo iudices eiusdem fori, qui eisdem tabellionibus vterentur, aliud esset si iudices essent diuersi fori, nam coram illo tabellione acta erunt vnienda, cuius iudex in cognitione causæ fuerit præferendus, iuxta dicta à nobis *priore titulo, disput. 2. ex numer. 807.* Idem obseruandum esse in executione rei iudicatæ aut euictionis causa, videlicet agendum apud eum Actuarium: apud quem primalis cœpta est, quando videlicet istę causę in eodem actitantur foro, notauit *Parladorius dict. cap. 9. num. 7. Bouadilla Politic. lib. 3. cap. 14. numer. 85. & Villadiego in Politicæ capit. 1. dict. numer. 13. § Y quando.*

SVMMA DISPVTATIONIS Tertiæ.

1 *IVdicium cæptum coram vno iudice, an possit coram alio terminari, vbi tractent DD.*
Hinc tractamus, an iudicium cæptum ab vno actore, vel cum vno reo, illis desistentibus possit à tertio exerceri, ibid.
2 *Exempla.*
3 *Exemplum in habitibus militaribus, & quæ qualitates ad eos obtinendos requirantur.*
4 *Honos vitæ, & rebus, omnibus præfertur.*
5 *Tertius potest finire iudicium cæptum, cum aliquo principali defuncto, aut desistente eo inuito, si illius intersit.*
6 *Causæ nobilitatis sunt arduæ, quæ tangunt honorem, famam, & existimationem totius familiæ.*
7 *Causæ nobilitatis sunt ex illis in quibus nullius detrimentum versatur, & per consequens benignè tractandæ.*
8 *Fama publica probat nobilitatem, ignobilitatem, puritatem, & impuritatem sanguinis, ortum, & descendentia ab his, vel illis parentibus.*
Omnia, quæ possunt ad notorietatem peruenire, per vocem famæ inuestigari, & ostendi solent, ibid.
Testis de fama publica satis est, si deponat, se publicè audiuisse, licet non deponat à quo audiuit ex stila Rotæ, ibid.
9 *Facta antiqua, & quæ excedunt hominum memoriam probantur ex sola fama.*
10 *Antiquum quid dicatur.*
Christianus antiquus, aut vetustus quis sit, ibid.
11 *Fama quomodò probetur, & qualis esse debeat.*
Fama differt à vano rumore, ibi.
12 *Cognatio, & genus quoad successionem quomodo probentur, remissiuè.*
13 *Generis identitas præsumitur ex identitate cognominis, sed ea non satis est ad probationem, sed exigitur concursu aliorum coniecturarum.*
Identitas insignium, seu armorum gentilitiorum, cum identitate cognominis probat identitatem generis.
14 *Difficultas frequenter occurrens in causis puritatis, vel nobilitatis proponitur.*
15 *Sentia* Perez de Lara *pluribus testibus deponentibus de bona fama alicuius, vno verò de mala, excludendum esse ab honoribus, & fundamenta, numer. 16. 17. 18.*
19 *Contraria sententia communis, & vera.*
Probatio bonæ famæ, per pauciores testes præualet probationi Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II.
mala fama per plures testes, ibid.
20 *In omnibus probationibus regulare est, vt plures testes cæteris paribus præferantur paucioribus.*
21 *Vbi inuenitur discordia testium maior fides adhibetur deponentibus in specie, quam in genere, deponentibus verisimiliam, quàm inuerisimilia, dignioribus, quàm minus dignis; deponentibus cum redditione causæ, quàm sine illa, melius informatis, quàm alijs non benè informatis; deponentibus pro causa fauorabili, quàm contra.*
22 *Hispaniæ praxis quæ sit, & an* Perez *potuerit de illa testificari.*
23 *Praxim, de qua testatur* Perez *esse iniquam, & reformatione dignam.*
24 *In casibus à iure permissis adhibetur fides paucioribus testibus contra plures.*
25 *Reprobatur distinctio adducta in hoc articulo à* Christoforo de Paz.
26 *Collega ex præsentatione eandem qualitatem habere debet, quàm Collega ex electione, & eidem subditur statuto.*
27 *Arbitrium concessum Electoribus, aut Votantibus in Ecclesia, Collegio, vel habitu, est arbitrium regulatum iuxta iura, non liberum.*
28 *Reprobatur argumentum temeritatis plenum, quo vtitur* Paz *ad confirmandam sententiam* Pretij.
Multoties timendum est potius, nè sint falsi testes, qui contra prætensores, quam ij, qui pro illis testimonium dicunt, ibid.
29 *Doctrina* Bart. *circa legitimationem contra ius quæsitum, quo vtitur* Paz *non esse ad rem.*
Cùm agitur de probanda nobilitate agitur de causa, in qua interest multorum, & magnum versatur detrimentum, ibid.
30 *Testes in informationibus puritatis, aut nobilitatis recepti pro istis prætensoribus non publicantur, & quid de hoc senserint Hispani Doctores.*
Multa hodie immutata sunt ex noua pragmatica, circa has informationes, & multa poterunt mutari ibid.
31 *Informationes semel factæ in istis causis possunt iterari.*
32 *Ex ista probatione non oritur exceptio rei iudicatæ, cùm sit summaria, & facta sine citatione Partis.*
33 *Probationes summariæ receptæ antè litem contestatam fidem non faciunt, & possunt iterato fieri.*
34 *Vsus Consilij Ordinum.*
35 *Famæ integritas comprobata per plures testes, non læditur ex vnius depositione contraria.*
36 *Testes examinati à Commissario in istis causis non censentur præsentati à prætensoribus.*
37 *Testis vnicus præsentatus à producente deponens contra ipsum, non probat plenè contra ipsum.*
38 *Testes producti pro puritate sanguinis, non deponunt denegatiua.*
Negatiua solet includere affirmatiuam, quando est prægnans, ibid.
Magis credi duobus testibus affirmantibus, quàm mille negantibus, quomodo intelligatur, ibid.

DISPVTATIO III.

Vtrùm iudicium cœptum ex instantia vnius, possit ex instantia alterius terminari? vbi multa notatu digna, circa praxim statutorum de puritate sanguinis, aut nobilitate, & earum probationem.

1 AN iudicium ab vno iudice cœptum possit terminari ab alio iudice, tractant *Doctores leg. postea quam 7. & in l. vbi acceptum 30. ff. de iudicijs, & in l. cum quædam puella, ff. de iurisdictione omnium iudicum, & in capite proposuisti, de foro compet.* ego tetigi supra *titul. 1. disputat. 2. quæst. 7. sect. 3. ex nu. 899.* Nunc diuersam propono difficultatem, quæ ex facto sæpè solet in disputationem venire, videlicet, an iudicium cœptum ab vno actore, vel cùm vno reo, illis desistentibus, vel mortuo sine hærede actore, vel reo vel existente causa eius conditionis, vt ad hæredes non transeat, possit, vel hæres, ad quem non transit, vel tertius quilibet, qui possit prætendere sua interesse iudicium finiri; possit, inquam, illud idem iudicium cœptum suscipere, vt illud prosequatur, & finiat.

2 Subijciamus exempla, quò disputationis vtilitas manifestius appareat. Ponamus, aliquem inquisitum, vel accusatum de crimine infami, quod totam familiam inficeret, & infamaret, verbi gratia, de hæresi, Iudaismo, peccato nefando, vel proditione in Regem, aut eiusmodi alio, & pendente inquisitionis, vel accusationis processu mortem rei interuenire, quæ cùm omnia soluat, & in specie accusationem, crimina, & delicta, vt latè prosequitur *Sebastianus Medices in tractat mors omnia soluit, part. 2. conclus. 2. numer. 5. conclus. 27. numer. 75. & conclus. 32. numer. 86.* videbatur iudicium per mortem rei finem accepisse, ita vt deinceps à nullo esset prosequendum, & tertius quisque de cognatione defuncti, quem delictũ infamiæ nota aspergit, vt cognationem totam, vult iudicium prosequi, eo fine, vt defuncti innocentia innotescat, quo cognationem suam purget, infami macula, quam illi delicti defuncti diffamatio inferat, an sit ad prosequendum iudicium admittendus, quæritur? Secundò, mota est alicui de statu quæstio, dubitatum est, an ingenuus sit, an libertinus, demus siluisse iudicium, mortuum esse reum, & lapsum esse quinquennium, intra quod posset exerceri, *leg. 1. & sequentib. Cod. nè de statu defunctorum* habereque filium, qui non sit eius hæres, tamen sua intersit patris ingenuitas, an possit iudicium prosequi dubitamus, quo comprobet patris ingenuitatem.

3 Tertiò (& in hoc casu contingit dubitari de hoc articulo) vt quis admittatur ad gestandos habitus militares Sancti Iacobi, Calatrauæ, & Alcantaræ in Hispania, requiritur sanguinis puritas, & generis nobilitas, iuxta Constitutiones, illorum Ordinum: atque ista etiam generis puritas requiritur, vt quis admittatur ad omnia Collegia, præbendasque, & dignitates multarum Ecclesiarum Cathedralium, in quibus seruantur statuta puritatis sanguinis, & excluditur ab istis omnibus quicumque est impuri sanguinis, à Iudæis, vel Mauris primogenitus, quemadmodum ab habitibus militaribus, procreatus à parentibus, aut ignobilibus, aut aliqua ex prędictis maculis infectis, vt notât *Rediu. de Maiestate Principis, ad verbum, Sed etiam per legitimos tramites, ex numer. 199. ad 201. Menchaca de successionum progressu, libr. 1. §. 4. numer. 44. Rojas singulari 104. Hojeda de incompatibilitate beneficiorum 1. part. capit. 23. num. 1. & num. 136. 137. & sequentibus, Gratianus regul. 223. num. 4. Otalora de nobilitate 2. part. 3. partis, cap. 7. num. 26. Valencuela consil. 90. ex num. 1. & ad 4. volum. 1. Fernandus Matute in illo suo opere. Triunfo del desengano 1. part. in vltimo discursu, §. 4. ex nu. 79.* latè tractans cum multis omissis. Quod tamen statutum odiosum, & contra ius commune vocat *Mantica decis. 307. num. 1. post Puteum,* quem allegat, & ideò strictissimè intelligendum, iuxta *cap. statutum, Il secondo, de hæreticis in 6.* Facta igitur alicui gratia cuiuslibet habitus dum informationes fiunt, vel discutiuntur in Ordinum Consilio, demus, vita fungi. Et vt difficultas magis vrgeatur, demus interuenire mortem eo tempore, quo in Ordinum Consilio incidisset dubium de veritate informationum, eo quòd aliqua difficultas emerserit circa eas, quominus approbentur, quibus casibus prouideri solet nonnunquam, vt informationes iterum, & secundo fiant, quod prouideri posse, & debere, inferius annotabimus, *num. 31. & 32.* Certè interest omnium consanguineorum informationes captas exitum habere, nè posteris relinquatur memoria iniuste generi impuritatis notæ, ex habitus repulsa, & tota cognatio ignobilitatis vel maculæ vitio notata apud posteros male audiat.

4 Versatur autem hac in re magnum interesse totius generis, quippe cùm in discrimen adducatur honos, fama, & existimatio, & honos tum vitæ, tùm rebus omnibus sit præferendus, *leg. 2. vers. Virginius, ff. de origin. iur. l. isti quidem 8. § quòd si dederit, ff. quod met. causa, l. 55. in fin. & ibi gloss. vltim. tit. 5. p. 1. l. 4. l. 23. tit. 13. l. 2. tit. 14. l. fin. in fin. tit. 23. p. 2. Chassanæus in Cathal. Glor. mund. 1. p. consider at. 2. Sebastianus Medices in tract. septem opusculor. 3. ex num. 1. & in tract. mors omnia soluit 1. part. num. 170. 171. & in tract. de legib. & statut. 2. part. q. 4. numer. 7. Grammatic. decis. 98. num. 3. Alciat. cons. 2. num. 6. lib. 7. Menoch. cons. 96. num. 15. lib. 1. cons. 302. num. 2. & 6. lib. 4. cons. 1078. num. 14. & 15 lib. 11. Intrigliolus cons. 15. nu. 21. & 22. Vallencuel. d. cons. 90. ex numer. 7. ad 11. Segura Daualos in Directorio Iudicum Ecclesiasticorum 2. p. cap. 14. ex num. 13.* Ideò bona fama præfertur rei familiari. *Prouer. 22. nu. 1. melius est bonum nomen, quàm diuitiæ multæ. Ecclesiastes 7. nu. 2. Melius est bonum nomen, quã vnguenta pratiosa,* quasi melius oleat, *Ecclesiast. 41. num. 15. & 16. Curam habe de bono nomine, hoc enim magis permanebit tibi, quàm nulli thesauri pretiosi, & magni,* meminit *Bouadilla Polit. lib. 5. cap. 2. num. 39. August. Barbos. axiomat. 95.* Quapropter læsio famæ deterior est furto, *cap. deteriores 6. quæst. 1.* Defuncto igitur eo tempore quo totius generis honore, existimatione, & fama tractatur, militaris habitus prætensore dubitatum scio, an liceret consanguineis summatium, illud iudicium prosequi donèc debito fine terminaretur, complanatis, quę fortè tunc emerserant, difficultatibus, circa explorationem nobilitatis, & puritatis sanguini defuncti, tametsi ex ea prosecutione, non sit resultaturus finis primo intẽtus gestationis habitus, cuius gratia defuncto facta erat Contingit itaque in hisce casibus, aut alijs similibus, dubitari, an defuncto, vel cessante eo, quia præcipuè interest, iudicium finiri possit tertius iudicium suscipere ob proprium interesse, vt illi finem imponat.

5 Dicendum est posse tertium, cuius interest finiri iudicium cœptum cum aliquo principali, eo defuncto, aut

viuo,

viuo, & desistente: aut etiam eo inuito iudicium suscipere, & reassumere ad illud finiendum. Probatur ex textu optimo in *l.1*, vbi notat *Albericus l.cognitio 8. l.si pariter 9.ff. de liberal.caus.l.principaliter 14.l.principaliter 19.et ibi glos.vl.C. eod.tit.* idē probat *text.in l.si inspecta 29.in princ.ff. de inoffic. testam.et ibi glos.verb.Adesse*, itē *tex.in l.quduis 3.C.ne de statu defunctor.leg.si is qui 3.l.quamuis 5.C. si pend.appell.mors interu.l.vlt.C.de assert.tollend.* & facit *tex.in leg.ab executore 4. §.alio condemnato,ff.de appell.* Ita sentit *Fulgosius in l.ad probationem 18.vers.ex l.principaliter, C.de liberal.caus.& Baldus in d.l principaliter, la prima, num.2.* vbi ait, *Nota, quod de statu defuncti agi potest, non propter defunctum, sed propter viuentes, & in dict.l.principaliter, la seconda, numer.1.* ait. *Tu nota istam solemnem legem, quò quoties aliqua agitur cum aliquo cuius cñtus mihi praeiudicare potest, possum ego probationem inducere etiam inuito eo, cum quo negotium principaliter agitur.* Faciunt quæ notat idem *Baldus in Authent.nunc si heres, C.de litigiosis, & Felin.in cap.cùm super 17.num.11.vers. Etiamsi principalis non appellat. de re iudic.& Delrius in Miscelanea ad l.ampliorem, vlt.C.de app.* Eandem sententiam in specie de qua tractamus amplectitur, & multis probat *Valēzuela cons.95. ex num.27.vol.1.Ponte cons.6.ex nu.31.vol.1.* & ibi, ex *num. 39.* tradit, qua forma sit proferenda sententia pro tertio, vel contra tertium. Sequitur *Otalora de nobilitate, 2. part.3. principalis, cap.6.per totum.* Imò vero & *Gregorius Lopez in l. 7.tit.p.1.7.gloss.4.* vbi agens delictis, pro quibus post mortem potest fieri accusatio, ait. *Et erit tunc offerendus libellus haeredi volenti purgare, & defendere memoriam defuncti, secundum Albericum in l.fin.ff.ad l.Iul.Maiest.* In eadem sententia est *Gulielmus Benedictus in cap.Raimutius, verb. Mortuo itaque testatore, Il primo*, ex *num.* 140. vbi etiam refert exemplum notatu dignum *de testament.* & probat ex *leg.filio, 31. §.Seia, ff.de adim.l.& l.1.§.quoties, ff.de minorys, & Bald.in leg. vnic.num.10.C.ex delictis defunctorum*, qui dicit, *textum in dict.§.Seia*, esse vnicum in iure. Et vt benè memini, cum ex facto mihi proposuisset, inter priuata colloquia inter nos frequentissima, hanc quæstionem, quæ tunc temporis in disputationem venerat, clarissimus ille, & doctissimus, multisque nominibus insignis vir, cuius memoriam animo meo satis insitam frequentissimè maxima cum veneratione, neque minore dolore recolo, D.Fernandus, in quam, Carillo, eques Ordinis Sancti Iacobi, Præses primum Regij patrimonij, & simul deinde Præses supremi Indiarum Consilij, assentiebatur tunc doctissimus ille vir eidem huic sententiæ allegans pro ea duas illas leges principaliter, *C.de liberal.caus.*

6 Postquam verò incidimus in causas, in quibus agitur de probandis hisce qualitatibus puritatis, & nobilitatis, ex natura sua grauissimas, vtpotè, quæ tangunt honorem, existimationem, & famam, non earum solum personarum, quæ interueniunt in iudicio, sed etiam integrarum familiarum, quas ideo arduas censet *Chassenæus in Cathalogo Glor.mund.1.par.considerat.2.* ex textu ea ratione sui *in leg. si inimicitiæ 9 in fin.ff.de ijs, quibus vt indig. Redin.de maiest. princ.verb. Sed etiam per legitimos tramites, num.199.Crauetta consil.168.num.2.in fin.Mantica decis.307.num.3.4.& 5.Menoch.cons.96.num.15.Valenz.cons.90.num.9.& consil. 92.ex numer.76.Segura Daualos in directorio iudicum Ecclesiast.2.part.cap.14. ex num.13.Perez de Lara de anniuersarij, & capellan.lib.2.c.4.nu.55.& seq.*

7 Non grauabor admonere, tam eos, qui probationes, testesque recepturi sunt, quàm illos, qui de similibus causis sunt cognituri, easque iudicaturi, imprimis has esse causas, in quibus nullius detrimentum versatur, si in fauorem actoris pronuncietur, maximum autem, si contra ipsum, ac per consequens benignè, & non rigidè, & nec amare, & tanquam inter infestos esse tractandas, iuxta egregiam animaduersionum *Bald. Pauli, Ias. Alciati, Rebuffi, & Menoch.* quos retuli, & sequutus sum *priore titulo disput.2.num.108.* quam vltra illos approbant *Cagnol. in l. quoties nihil, num.5.ff.de reg.iuris, idem Menoch.d.consil.96. ex num.27.libr.2.Franchis decis.2.nu.28. versic.Concurrit etiam, decis.207.numer.8.et decis.357.num.6.Valenz.dict. cons.90.nu.5.cum sequent.vsque ad 11.Rouit.consil.80. ex num.9.*

8 Secundo deinde, hasce generis qualitates, nobilitates inquàm, & ignobilitatem, puritatem & impuritatem sanguinis, ortum, & descentiam ab his, vel illis progenitoribus, probari ex fama publica, vt docent *Baldus in leg.prouidendum 7.num.2.C.de postulando, Ioannes Andreas in capit.licet ex quadam 47. ex nu. 7.ad 8.de testibus, vbi Panormitanus ex nu.1.ad 3.Decius in cap.1.nu.38.de appellat.& in cap. veniens 10. nu. 41.Felinus ibi nu. 9. de testibus, Præpositus Cardinal. Alexandrus in cap.1.§.si miles aduersus militem, num. 1.de pace tenend. & eius violator, Tiraquel.tract.de nobilitate, cap.10.nu. 8. Chassenæus in Cathalogo glor.mund.8.part.considerat.16.et cons.64.numer.10.Crauet.de antiquit.tempor.1.part.§.11. viso de fama, ex num.3.Mascardus de probationibus, concl. 104.Antiquum ex nu.16.concl.411.Consanguinitas ex nu. 1.concl.512.Descendentia, & concl.841.Genus ex num. 1. Fuluius Pacianus de probat.lib.1.cap.49.nu.54.et lib.1.cap. 12.nu.24.et cap.26.nu.62.et sequent.Ioannes Gutierez lib. 3.pract.q.14.ex n.6.Auendanus in dictionario, verb.Indios, Ioannes Garcia de nobilitate, gloss.7.ex nu.11.et ibi nu. 22. et glos.18.§.1.ex n.1.Dueñas regula 299.limitat.3.Salzedo ad pract.Bernardi Diaz cap.23.*nouè edito, *nu.20.Azeued. in l.22.n.3.tit.7.li.1.Recop.Perez de Lara de vniuersarys, et capellanijs lib.2.d.cap.4.ex nu.11.et ex num.143.Guido Papæ dec.196.nu.1.et dec.387.nu.2.Rota diuersorum dec. 29.nu.2.par.2. Mantic.dec.154.ex nu.1.et dec.317.nu. 2. Larrea dec.41.nu.13.tit.1.Caued.dec.73.nu.5.et n.11.12. et seq.2.par.Fran.Marcus dec.596.n.5.2.p.Vinius dec.277. de.225.n.3.Verral.ex n.5.p.1.Farin.dec.arim.57.dec.264. dec.209.dec.315.vol.1.et in prax.crim.quæst.47.nu.94.et nu.101.et quæst.69.ex nu.121.* latissime *Riccius col.1263. Menoch.cons.1261.nu.10.cum sequent.lib.13. Fabius de Anna cons.88.lib.1.et cons.110.lib.2.Ioannes Baptista Valenzuela cons.90.ex num.36.*& iterum *ex n.175.volum.1. Cephalus cons.137.cum 45.volum.1.Thuscus lit. C.conclus. 739.ex nu.21.et liter.D.post conclus.220.vers. Descendentia.* Nam omnia, quæ possunt ad notorietatem peruenire, per vocem famæ, & vulgaris existimationis, inuestigari, atque ostendi solent, præsertim in causis modici præiudicij aduersus tertios, vt docet *Bart.in leg.si constante 25.in princ.nu.11.et 12.et sequent.ff.solut.matrimon.* asserit *Dueñs dict.regul.299.limit. 5.Patianus de probat.libr.1. d. cap. 49.nu.39.* Et ex stilo Rotæ non est necessarium deponere testem, à quo audiuit; sed sat est dicere, se publicè audiuisse, esseque vulgatem, & communem opinionem in eo loco, in quo agitur de probanda nobilitate, & puritate sanguinis, aut impuritate, vt testatur *Æmilius Verallus dec.7.par.2.Cornazan dec.45.num.10.Perez de Lara de anniuersarijs, lib.2.cap.4.nu.11.*& ante omnes docuit *Innocentius in c.veniens, n.2.et 4.de verb.signific.in 6.* Etenim si ex sola fama non probarentur istiusmodi qualitates generis, fieret vt probatio sæpissimè esset impossibilis, cū sæpè sæpius origo generis, de cuius probatione agitur, excedat hominum memoriam, cùm tamen probationū facultas angustanda non sit, quinimò facilior reddenda,

l.ne

l.ne quid 7. verſ. Et quo facilior ff. de incend. ruin. et nauſrag. l. quoniam multi 21. §. vlt. in fin. C. de hæret. et Manich. l. generaliter 12. §. neceſſitate, C. de reb. cred. §. ſi quis igitur in fin. in Auth. de inſtrum. caut. et fid. Hippol. de Marſ. in repe. Rubr. C. de probationib. ex nu. 461. Ioan. Garcia de nobilitate, gloſſ. 7. nu. 36. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 5. ex n. 9. Surd. deciſ. 277. num. 9. et ſequent.

9 Ideo receptum eſt, vt facta antiqua, & ea, quæ hominum memoriam excedunt, plenè probentur per ſolam famam, vt notauit *Angelus in l. atqui natura, §. cùm me abſente, mod. nu. 2. ff. de neg. geſt. et in l. Titius, nu. 1. ff quib. mod. pign. vel hyp. ſoluat. Decius in capit. 1. num. 43. et ſequentibus, de appellation. ſequutus Innocentium in dict. cap. veniens, ex nu. 1. Bald.* & plurimos alios, *Gorzadin. concl. 7. ex nu. 47. Siluanus conſ. 57. ex nu. 5. Burſatus conſ. 330. nu. 13. lib. 3. Menchaca controu. illuſtrium, lib. 3. c. 84. n. 15. 16. & 17. Ioannes Garcia de nobilit. gl. 18. §. 1. ex nu. 1. et per totam, Gregor. Lop. in leg. 29. tit. 16. par. 3. gloſſ. 2. per text. ibi, Maſcard. de probationib. concl. 754. Fama regulariter, num. 7. Afflict. dec. 23. nu. 5. & dec. 83. num. 7. Dueñas dict. regul. 299. limitat. 7.* Et antiqua probantur per teſtes de auditu *Menoch. de arbitrarijs, lib. 2. centur. 5. caſu 475. ex num. 10. Ant. Gabriel lib. 1. commun. tit. de teſtibus, concluſ. 3. Ioan. Garcia dict. gloſ. 18. §. 1. num. 6. & 7. & gloſſ. 38. nu. 1. & 2. Seſſe deciſ. 198. tom. 2. Hoieda de incompatibil. beneficiorum, dict. cap. 23. nu. 140. Farin. in prax. crim. quæſt. 69.* pleniſſimè *ex num. 125. Maſcardus de probationib. concluſ. 410. & 411. & concluſ. 512. deſcendentia.* In antiquis enim leuior probatio requiritur, vt notat inſignis ingenio, & eruditione, doctiſſimuſque præceptor, & amicus noſter *Ioannes Solorzano Pereyra Regius in Supremo Indiarum Conſilio Conſiliarius in eruditiſſimo ſuo opere de Iure Indiarum lib. 1. capit. 9. numer. 33.*

10 Quid autem dicatur antiquum, tractans *Simon de Pratis de interpret. vltim. volunt. libr. 5. interpret. 2. dubitat. 4. ex num. 231. Crauet. de antiq. temp. 1. par. in princ. ex nu. 2. Menoch. de arbitrarijs, lib. 2. cent. 1. caſu 3. Milanenſ. deciſ. 7. numer. 35. Brunorus à Sole in quæſt. legalibus, quæſtion. 42. Ioannes Garcia de nobilit. gloſſ. 39. Gaſpar. Anton. Theſaurus quæſt. forenſ. lib. 4. quæſt. 41. num. 6. Palaz de maioribus. 1. par. quæſt. 45. ex num. 13. Francius dec. 557. num. 4. & 5. Gaſpar Caballinus milleloquio 64. Afflict. deciſ. 14. numer. 23. Riccius collect. 327. & 383. Thuſcus lit. A. concl. 341. Auguſtinus Barboſa de appellatiuis, Appellatiuo 19.* Ex quibus colliges, proculdubio antiquum vocari, quod excedit viuorum hominum memoriam, & quod conſequens eſt Chriſtianum veterem, aut vetuſtum, ſeu antiquum eſſe illum, cuius genus Chriſtianum eſt ab immemoriali, id eſt de quo non extet memoria, quando ſuſceperit Chriſtianiſmum, aut quando cœperit eſſe Chriſtianus, quiſque primus ex illo genere fuerit baptizatus.

11 Fama autem qualis eſſe debeat, & quomodo probari, tradit elegantiſſimè *Bart. in l. de minore 10. §. plurimum, ex num. 5. ff. de quæſt.* omnino videndus, *Marianus Socinus in cap. qualiter, & quando 24. ex num. 482. de accuſationib. Maſcard. de probat. concluſ. 749. Fama eſt, & 750. cum ſequentibus, volu. 2. Menoch. de arbitrarijs, libr. 2. centur. 1. caſu 89. & cent. 3. caſ. 261. Thuſcus lit. F. ex concl. 63. Riccius collectan. 206. & 1133. Farinac.* remiſſiuè *in praxi crimin. q. 47. n. 2.* & latè *ex n. 208. Valenzuel. d. conſ. 90. ex n. 179. & ex conſ. 92. ex n. 163. vol. 1.* Qua in re animaduertere oportet famam differre à vano rumore. Fama enim attendenda eſt, ſed vanæ voces populi non ſunt audiendæ, *l. ad beſtias 31. ff. de pœnis, l. decurion. 12. C. cod. tit. Gregorius in prologo partitarum, gloſſ. 14. & in l. 3. titul. 30. par. 7. gloſſ. 1. Grammaticus voto 33. ex num. 14. & num. 15. Bouadilla lib. 5. Polit. c. cap. 2. ex num. 91.*

12 Hoc modo probatur cognatio, & genus quoad nobilitatem, vel ignobilitatem, puritatem, aut impuritatem: an verò hæc probatio per famam ſufficiat ad probandam generis deſcendentiam, ſeu cognationem, quoad effectum ſuccedendi; vel potius aliquid vlterius requiratur, videndi ſunt *Mareſcotus variarum reſolut. lib. 1. capit. 70. Gaſpar Anton. Theſaurus quæſt. forenſ. lib. 1. quæſt. 61. Surd. deciſ. 145. Maſcard. de probat. concl. 410. conſanguinitatem, num. 10.*

13 Generis autem identitas præſumitur ex identitate cognominis, vt argumento, *l. cùm precum 9. C. de liberal. cauſ.* notat *Caſſaneus in cathalog. glor. mund. 1. par. conſider. 38. concl. 41. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſumpt. 15. num. 47. 48. & 49. & conſ. 1261. ex num. 5. libr. 13. Cephalus conſ. 90. ex num. 17. lib. 1. Fabius de Anna conſ. 88. ex num. 1. lib. 1. & conſ. 110. ex num. 1. lib. 2. Ricc. collect. 761. Palaz de maior. 2. par. quæſt. 7. ex n. 87. in noniſſ. Perez de Lara de anniuerſarijs, lib. 2. cap. 4. ex num. 46.* Neque verò ſat eſt ad probationem identitatis generis, identitas nominis, iuxta ſingularem *text. in l. Imperatores 38. §. item reſcripſerunt, ibi: Nam ſolam nominis ſimilitudinem ad confirmandam cuiuſque originem ſatis non eſſe, ff. ad municip. & de incol.* notant *Signorolus de Homodeis*, ita intelligendus, *conſ. 81. num. 5. Menoch. d. præſumpt. 15. num. 48. & conſil. 321. num. 16. & 17. lib. 4. Fabius de Anna dict. conſil. 110. num. 4.* Sed neceſſarius eſt concurſus aliarum coniecturarum, & indiciorum, vt ſi concurrat identitas inſignium, ſeu armorum gentilitiorum, quæ ſimiliter identitatem generis, & parentelæ, ſeu conſanguinitatis arguunt, vt docuit *Bart. in l. tutelas 7. num. 4. ff. de cap. dimi. nut. & in tractat. de inſignijs, & armis, num. 10. Caſſaneus vbi ſup. Calcaneus conſ. 8. num. 36. et 12. in fin. Menoc. dict. conſ. 1261. numer. 5. Fabius de Anna d. conſ. 88. num. 4. et dict. conſ. 110. nu. 8. Ioannes Vincentius de Anna allegation. 57. numer. 19. et 20. Marcelus Caia de modo articuland. et proband. §. 2. gloſſa vnica num. 945. Ioſephus de Ruſticis, tract. tatu de libertis in condit. poſit. lib. 2. cap. 6. num. 71. et 72.* eruditiſſimus *Riccius collect. 1062. Perez de Lara d. cap. 4. num. 134. Theſaurus deciſ. 270. num. 1.*

14 Antè verò quàm hinc diſcedamus, animaduertendum eſt, occurrere ſæpè ſæpius in ſimilibus cauſis, inter teſtes receptos pro probatione puritatis ſanguinis, vel nobilitatis prætenſoris habitus militaris, Collegij, aut præbendæ, requirentium has qualitates, contrarietatem, & diſcordiam; plurimis deponentibus de bona fama in fauorem prætenſoris, quibuſdam verò tametſi paucis deponentibus contrarium de mala fama, videlicet illum deſcendere à Iudæis, vel Mauris, reputarique communiter pro habente infectam originem, & cognationem, dubitarique ſolere, quid in hoc caſu agendum ſit, an ſententia ferenda ſit pro prætenſore, an contra ipſum, nam non omnes vno modo ſentiunt.

15 *Perez de Lara d. cap. 4. ex num. 6.* cuius ſententia non videtur diſplicere *Chriſtophoro de Paz de tenuta 1. par. cap. 32. num. 89.* tametſi ſub quadam diſtinctione aquieſcat (vt inferius tangemus) qui rem tractat *ibi ex nu. 50.* ſentit hoc caſu prætenſores excludi debere ab honoribus, & commodis, quæ petunt, & contra ipſos eſſe ferendam ſententiam; aitque, ita obſeruare Hiſpaniæ praxim in omnibus ſtatutis puritatis ſanguinis, vt ex minori numero teſtium repellatur prætenſor harum dignitatum, & de ea ſententia neminem eſſe, qui dubitet. Rationes

verò

verò istius suæ indubitatæ sententiæ non adducit, nisi quod ex ijs,quę respondet argumentis possent in contrarium obijci,possunt colligi subsequentia.

16 Prima,quoniam is, de quo asserunt testes descendere ex Iudæis, vel Mauris, vel alijs alia macula infectis, non potest dici integræ opinionis,cui per testes sinistra infertur,bonum enim dicitur ex integra causa,malū ex quocumq; defectu. Iste igitur,vbi similia statuta vigent,admitti non debet, cùm requirant virum integræ famæ, & bonum sine contraria opinione.

17 Secunda,quoniam testes recepti à Commissario misso pro capiendis istis informationibus in eiusemodi causis,videntur produci,& præsentati ab ipso petitore Collegij præbendæ,officij,aut habitus militaris,cùm recipiantur ob eius instantiam, & factum iudicis censeatur factum Partis, ex vulgato *textus in lege si ob causam, C.de euictionib.* Succedit igitur communis conclusio, videlicet quemlibet testem quantumvis singularem deponentem contra Partem,quæ illum produxit,côuincere producentem,pleneq; probare contra ipsum etiamsi deponat solum de credulitate,vt docent *Roman.conf.104. nu.6.Parisius conf.50.nu.6.par.1.Crauet.conf.201.num.7. Socin.Iunior conf.69.nu.13.et 14.par.1.Ias.conf.57.nu.15. vol.1.et in rubric.nu.9.ff.de iure iurand.Maranta in speculo, par.6.tit.de testium productionem,seu §.Sextus actus,nu.16. Anton.Gabriel lib.1.commun.tit.de testibus,concl.1.nu.14. et 15.* qui dicit opinionem veram,& communē, *Mascard. de probationibus,concl.1242.producens testem,nu.2.volum. 3.Cephalus conf.65.nu.55.et conf.141.nu.16.lib.1.Surdus conf.61.ex num.40.libr.1.Barzius decis.64.num.25. Farin. in praxi,quæst.62.nu.237.cum sequent.*

18 Tertia,quoniam testis,qui deponit aliquam non descendere à Mauris,aut Iudeis, aut se non audiuisse illum descendere ab infecto genere, aut à notatis macula impuri sanguinis, aut damnatis ab Officio sanctæ Inquisitionis, deponit per negatiuam: at testis qui deponit aliquem descendere à Mauris, aut Iudæis,aut à maculatis qualibet nota, deponit per affirmatiuam. Ergo magis creditur vni testi, quamuis singulari, vel duobus sic deponentibus contra petitorem, quàm mille alijs deponentibus per negatiuam pro petitore. Consequentia ex eo probatur, quoniam magis creditur vni,vel duobus testibus deponentibus affirmatiuè,quàm mille alijs deponentibus per negatiuam, vt communiter dicunt *Doctores post glossa in leg. diem proferre 32. §. si plures, verb.Consenserunt,ff.de recept.arbitr.et gloss.in capit. 1. verb. Memoria, de præscript. in 6.Socinus, regula 508. alias liter.T.regul.36.Guillielmus Benedict.repetit.cap.Raynuncius de testament.3.par.verb.Qui cùm alia matrimonium contrahens,num.252.Couarru.de sponsal. et matrimon. 2.p. cap.3.§.5.nu.10.Afflict.dec.324.nu.9.Gamma decis.346. num.3.Ceuallos in specul.practic.lib.4.quæst.900.ex nu. 76. et numer.81.Ioannes Garcia de nobilitate, glossa 17. numer. 36. & 37. & glossa 34. numer. 2. & 3. & de expensis & meliorationibus,cap.9.nu.29.et 30.Guttierez allegat. 6. ex num. 1.Pacian.de probationibus, lib.1.cap. 50. ex num. 1.Anton.Gabriel lib.1.commun.tit.de testib. concl. 4. num. 1.Farinac.in praxi crimin.quæst.65.ex num. 200. Sanchez de matrim.lib.4.disput.27.ex num. 1. Riccius collect. 673. Curtius tract.de testibus,concl.2.num.8.et conclus.25. num. 54.Thuscus lit.T.conclus.259.et conclus.270.*

19 Contrariam sententiam, quinimò testibus examinatis in similibus causis, tam nobilitatis, quàm puritatis sanguinis inter se dissentientibus, alijs deponentibus de nobilitate, vel puritate, alijs paribus, aut paucioribus de ignobilitate,aut impuritate, adhibendam esse fidem deponentibus de bona fama, & bona qualitate potius, quàm deponentibus de mala, tuentur *Farinac.dec. 315. ex num.10.volum.2.crim.quæst.apud Ludouisium decis.498. ex num.11.& vide ibi Additionem Oliuerij Beltramini,Hojeda de incompatibilitate beneficiorum 1.par. cap. 23. num. 141.* qui plurimos allegat, *et num.147. Ceuallos*, qui ex professo rem tractat *in speculo practicarum quæst.900. ex num.84.Valenzuela d.conf.90.num.34.et sequentib.ad 37. & 50.51.& sequentib.& conf.92.ex num.203.lib.1. Riccinllus tract.de Neophitis cap.7.ex num.20. Coccinus decis. 68.Mantica decis.274.& decis.285.& decis.317. Riccius collectan.3375.lib.8.* facit *Seraphinus decision.50.* vbi stante statuto de puritate, vt in Ecclesia Toletana, potest obtinere admittendus data contrarietate probationum. Eandem sententiam tuetur doctissimus *D. Ferdinandus Matute* amicus noster, in illo opere, cui imposuit nomen, *El triunfo del desengaño,1.par.in vlt.discursu, §.4.num. 246.* Istis annumerari possunt quicunque sentiunt, probationem bonæ famæ, per pauciores testes præferri probationi malæ famæ,seu infamiæ per plures, aut etiam data testium paritate. Inter quos sunt *Rolan. à Valle conf.63. ex num. 39.* qui alios allegat *Franciscus Curtius tract.de testibus,conclus.48.num. 95. Mascardus de probationibus, conclus. 223. & conclus.234.ex num.2. & conclus. 235.ex nu.1.volum.1.& concl. 1226. naturæ præsumptio, nu.9.& 10.vol.3.Thuscus liter.B.conclus.98.vers. Bona fama,& lit.F.conclus.69.nu.13.& 15.& lit.T.concl. 240.nu.28.& seqq. Menoch.de arbitrar.libr.2.cent. 6. cas. 526.nu.37.Coccinus d.decis.68.nu.11.& nu. 17.Mantic.d. decis.317.nu.15.Riccius collect.206.vers. Et num bona famę,idem Valenz.conf.92.ex nu.203.libr. 1. Anton.Gabriel libr.1.commun.titulo de testibus d.conclus.4.numer. 24. & 25.et Riciullus vbi supra nu.22.* qui plures allegat,& duas Rotæ Romanæ decisiones.

20 Fundamentum huius sententię est primò quoniam regula re est,vt in omnibus probationib.datis testibus hinc inde contrarijs plures numero cæteris paribus vincant pauciores, sitque standum depositionibus testium numero plurium,vt probat textus expressus *in cap. in nostra 32.de testibus, in cap. licèt causam 9. vers. Ex præmissis, de probationib.* vbi notant Canonistæ post *gloss. Ant. Gabriel lib.1.commun.tit.de testib.dict. concl.4.num.50.Menoch.de arbitrar.lib.2.centur.6.dicto casu 526.ex nu.19.Mantic. d. decis.317.nu.1.Fabius de Anna conf.59.nu.7.lib. 1. Farinac.* qui plurimos refert,*in praxi crim.dict. quæst. 65. ex n.106.Ricciullus vbi supra, nu. 21.* Atqui hæc regula non limitatur in præsenti casu,imò,vt superius animaduertimus, plures testes de mala fama vincuntur à paucioribus deponentibus de bona. Ergo sine fundamento, sine ratione, sine lege, sine authoritate ab hac regula recedendum non est.

21 Secundò, quoniam in omnibus probationibus, in quibus inuenitur testimoniorum contrarietas,& discordia,maior fides adhibetur testibus deponentibus in specie,quàm in genere, testibus deponentibus verisimilia, quàm inuerisimilia, testibus dignioribus, quàm minus dignis, testibus deponentibus cum redditione causæ, & per rationes vrgentiores, quàm illis, qui rationem sui testimonij non reddunt, aut reddunt minus vrgentem; testibus, qui iutis præsumptione possunt esse melius informati, quam cæte tis non ita informatis, testibus deponentibus pro causa fauorabili, quàm deponentibus contra,vt rectè animaduertit *Hojeda de incompatib. beneficior.1.p.dict.cap.23.num.142.144.145.146.& 148.*

qui

qui optimè rem illustrat, loquens in hoc indiuiduo casu cum multorum allegatione, *Menoch. de arbitrar. dict. casu 526. ex nu. 19. Mantica d. decis. 317. nu. 12. Fabius de Anna d. cons. 59. nu. 10. 11. & 12. lib. 1. & Farin. in praxi d. quæst. 65. nu. 114. 128. 165. 172. et 188.* in genere loquens. Cur ergo sine ratione, & lege omnes istæ regulæ sunt limitandæ contra ius, contra omnem æquitatem, contra vsitatum omnium iudiciorum morem, & asserendum in hoc casu standum esse indifferenter pauciorum testimonio, contra plures fortassis digniores, verisimilia deponētes, reddentes meliorem rationem, melius etiam informatos & pro causa fauorabili testantes, maximè cùm Perez de Lara loquatur ex capite, nulla nixus authoritate, aut ratione.

22 Neque eius, quod idem ille Perez asseuerat, nempe Hispaniæ praxim obseruare, vt ex pauciore numero testium repellatur alicuius officij, præbendæ, Collegij, aut alterius dignitatis prætensor, stante statuto de sanguinis puritate, & neminem esse, qui de ea sententia, & vsu dubitet, vlla habenda est ratio. Primò, quoniam non potuit ille testificari de praxi totius Hispaniæ, qui neq; totam Hispaniam, neque maiorem illius partem peragrauerat, cùm illa scripsit, Doctor autem testatus de consuetudine extra suam patriā, & Curiā fidem nō facit, dixi *priori titulo disp. 2. nu. 62. circa fin.* Imò vero de contraria praxi testatur Ceuallos eius non inferior authoritate. *Ceuallos d. q. 900. num. 95.* vbi iure optimo miratur de animositate, ne dicam temeritate Perezij, qui dicere audeat, neminem de illa doctrina dubitare, cum Doctores omnes non dubitent quidem de illius veritate, sed indubitanter existiment falsam, & iniquam, & aduersus illam inuehantur; ratioque iuris, & æquitas, pietasque, & praxis Ecclesiarum Cathedralium, Collegiorum, & Confraternitatum, Regij Consilij Ordinum, contrariam sententiam frequentissimè admiserit, se sicque vidisse obseruatum asserit Ceuallos, dum Collega fuit, (Nam Perezius Collega non fuit, quod ego sciam, qui bene illum noui, & successor fui illius in delegatione pro executione sententiæ latè aduersus Comitē de Villalonga, dū assisterem in Curia Regia) & refert pro ea praxi decisionem quandam recentem Rotæ Romanæ, duasque alias refert *Ricciullus de Neophitis dict. cap. 7. num. 22.* Ego, & omnes sæpissimè vidimus, quod attinet ad Regium Ordinum Consilium, plurimos equites ex primis informationibus non admissos ad habitum militarem, tamen concessis illis secundis informationibus obtinuisse habitum, quo in casu proculdubio habuerunt contra se testes. Et scio in quodam Collegio maiori, in quo aderat simile statutum fuisse primo quendam insignem hominem fortassis ob contraria testimonia exclusum, posteaque re in Regio supremo Castellæ Consilio discussa, admissum, & approbatum obtinuisse Collegiaturum, quod occulatus testis vidi. Idque iure optimo, nam contraria praxis præter quam, quod esset contra iustitiam, & æquitatem, omnique iuris rationi aduersa, aperiret planè viam, quam possent iniqui calumniatores, & aduersarij cupientes euertere familiarum honorem, & existimationem clam submittere vnum, vel duos quoslibet testes deponentes de impuritate petentium habitus, præbendas, & Collegia, atque eo modo antiquis, & nobilibus familijs infamiæ notam inurere, faccreque, vt benemeritissimi homines ab honoribus arcerentur, quod permittere esset iniquissimum, Reipublicæque perniciosissimum.

23 Secundo, dato illam praxim, de qua testatur Lara esse quandoque seruatam, (quod negamus) dicendum erat, esse iniquam, iuri, & æquitati aduersam, ac proinde reformatione dignam, non enim quid factum sit inspiciendum est, sed quid fieri debeat, vt rectè notauit *Franchis decis. 278. num. 6.* nec exempla, nisi bona sequenda, cùm sana ratio exemplis sit anteponenda, vt probat textus desumptus ex *Diuo Augustino in capitul. sana distinction. nona.* notauit *supra titul. 1. disputat. 2. num. 967.* meminit *Lucas de penna in l. 2. num. 11. C. nè fiscus rem, quam vend. euinc. lib. 10.* & faciunt quæ notat *Euerardus loco 95. ab authoritate, nu. 10. cum sequentibus,* omnino videndus & *Iosephus Ludouicus decision. Lucens. 28. nu. 73. Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 1. ex num. 20.*

24 Tertiò respondendum est, si fortè aliquando testibus paucioribus contra plures fides fuerit adhibita credendum est, esse in casibus à iure permissis. Videlicet si plures deponant de negatiua, pauciores de affirmatiua; si pauciores fuerint digniores pluribus; si magis verisimilia deposuerint reddita meliore, & vrgentiora ratione: si fuerint melius informati, quas limitationes tradit *Farinacius dict. quæst. 65. ex nu. 108.* ad regulam *textus in d. cap. in nostra, de testibus,* a se prius propositam: non verò ideò, quia statutum de sanguinis puritate vllam præbeat occasionem limitandi prædictam generalem regulam, cùm nullus Doctor similis limitationis meminerit, nec appareat ratio, cur limitari debeat.

25 Neque item placet distinctio adhibita à *Christophoro de Paz de tenuta 1. par. dict. cap. 32. nu. 66. & 67. cum seqq.* videlicet considerari posse duplicem casum. Primum, quādo quis petit Collegiū ex præsentatione patroni, aut præbendam collatam, tua habitum militarem Regia gratia concessum, quibus casibus tractatur de iure quæsito, & in eo primo casu credit obseruandum esse supradictam resolutionem, quam sumus amplexi. Secundum, cùm quis petit Collegium sine præsentatione, aut alio iure quæsito, in quo credit concedi liberam potestatem Collegio, aut alteri Communitati, & eius Commissarijs, vt animum suum ex qualicumque probatione instruere possint, cùm tunc nullum ius quæsitum fuerit ijs, qui Collegium petunt, quare nulla species probationis, etiam imperfecta cēsetur exclusa, iuxta doctrinam multorum, quos allegat. Et hoc secundo casu non videtur illi omnino displicere opinio Peretij de Lara, in quam se dicit propendere, *dict. cap. 32. n. 89.* adijciens & illam rationem pro eius probatione, quoniam nisi prædicta opinio esset vera, sequeretur nullum esse qui puritatē sanguinis maiori testium numero non probaret.

26 Non, inquam, placet, quoniam ex ea sequeretur, non eandem qualitatem requiri in eo, qui ex præsentatione futurus est Collega, quàm in eo, qui futurus est ex Collegarum electione, cùm tamen idem, & æquale sit statutum pro omnibus, & vniuersim omnes comprehendat, & de omnibus per eadem verba loquatur, quod esset manifestum incommodum, contra text. *in cap. cum omnes 6. de constit.* & quę ibi Doctores notant, *et text. in l. tam hoc iure 4. in vers. Sed si aliter, et in l. Lucius Titius 45. ff. de vulgar. et pupill. subst. l. hæreditatem 2. l. quamuis 4. C. de impuber. et alijs,* & ibi notata à Doctoribus, quibus probatur subintelligi debere etiam ea, quæ expressa non sunt pro seruanda inter plures æqualitate, nec enim debet vna res diuerso iure censeri, *l. eum, qui ædes 23. ff. de vsucapionib. cap. cum tua 30. de decimis.* Si igitur centendum est, probatam esse planè puritatem sanguinis præsentati ad Collegium, etiam si habeat aliquos testes contra se, &

ex

eo non obstante tanquam suam puritatem vere probans, & de cuius puritate satis constat, debet admitti, cut etiam si non præsentatus eodem prorsus modo probans suam puritatem erit reijciendus. eo quòd habeat vnum, vel aliquos testes contra se? Certè hoc repugnat iustitiæ,& æquitati.

27 Neque obstabit diuersitas in istis duobus casibus considerata à Paz, videlicet, quod in primo arbitrium concessum admiuris ad Ecclesiam Collegium, vel habitum pretensorem, est arbitrium regulatum,& iuri conforme: in secundo verò sit liberum, non obstabit: inquam, quoniam & falsum est,& nullo iure probatur, aut statutorū verbis. Statuta enim requirentia sanguinis puritatem, non concedunt liberum arbitrium admittendi quem velint ad Collegium Collegis, vel Ecclesiam Canonicis, aut excludendi quem velint, nec habendi quem velint pro Neophito,& quem velint pro Christiano antiquo; sed egendi digniorem, dummodo sit puri sanguinis; scilicet probata ista qualitate, iuxta iuris formam. Et illud arbitrium non est diuersum ab eo, quod ius concedit iudici circa probationes, quas vulgo dicitur, sitas esse in iudicis arbitrio, iuxta tradita à *Ioanne de Neuizanis in Silua Nuptiali, lib. 5. n. 122. et 123. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. cas. 90. Felicio de societ. cap. 24. nu. 49. Grammatic. decis. 92. ex nu. 24. et decis. 34. nu. 47. Farin. consil. 70. nu. 63. et text. in l. 3. §. 1. ff. de testib. et in cap. ex litteris 3. de probat.* & ibi nota à Doctoribus. Verùm illud arbitrium debet regulari secūdùm leges vt docet *Decius in d. cap. ex litteris nu. 15. et 16.* & ante docuerat *Bart. in l. Lucius Titius nu. 3. ff. de ijs, qui notantur infam.* notāt *Far. consil. 59. n. 29. vers. Et facit generalis ratio, et in prax. crim. q. 37. nu. 194.* vbi multos allegat, *Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 7. nu. 3. et 4. quæst. 8. per totam, quæst. 9. et quæst. 13. et 77. nu. 1. et seqq. Thuscus lit. A. concl. 470. et 476. Barbos. de clausulis claus. 10. & 11. et de Axiomatibus iuris, Axiomate 32. Marta de claus. 1. p. claus. 13. Arbitrio Rota, ex nu. 1. Ricc. collect. 1064. Calum. in lexic. verbo, Arbitrium, vlt. vers. Vbicumque. et idem Paz* cum quo agimus, *d. cap. 32. nu. 54. et seqq.* post multos, correptissime tamen allegatos in toto illo *cap.*

28 Neque quidquam valet ratio illa, quam ad confirmationem sententiæ Perezij adiecit Paz, nullum, inquam fore, nisi vera esset, qui maiore testium numero nō probaret sui sanguinis puritatem Neganda est enim ista temeritatis plena consequutio: erunt enim multi, qui puritatem probare non possint maiori testium numero, illi videlicet, qui impuritatem non habuerint, qui nisi per testes falsos probare non poterunt, quod non est verum. Esse verò expositas probationes omnes falsorum testium periculo non tollit, quin regulæ à Doctoribus,& legibus traditę seruandę sint in probationibus, quæ item tradunt multa indicia, & coniecturas, quibus testes falsi à veris sunt discernendi: iudicesque reddunt cautos,& prouidos circa fidem testimonijs adhibendam, eorumque authoritatem examinandam, vt in *l. testium 3. et in l. ob carmen 21. §. si testes, ff. de testib.* Quod si significare velit Paz, in istis causis produci solere testes falsos, id calamitati temporum attribui debet, non causarum generi, in quibus certè multoties timendum est, nè sint falsi testes, qui contra potius, quàm qui pro petente testimonium dicunt. Idque istis temporibus, tàm istis causis, quàm cęteris commune est, vt rectè adnotauit *Ponte de potest. Proreg. tit. 3. §. 7. num. 12.*

29 Non item obstat Doctrina *Bartol. in l. Gallus, §. et quid si tantum, num. 14. ff. de liberis et posthum.* dicentis, nō posse Principem legitimare spurium, circa successionem hæreditatis, paternę quādo, circa illam ius quęsitum est consanguineis, posse verò quando nondum est ius quęsitum, cui assentitur *Molina de primogen. lib. 1. cap. 8. nu. 28. et lib. 2. cap. 7. nu. 19. et 30.* cum plurimis, quos allegat,& Additio ad primum locum, quam malè,& violenter pro sua sententia adducere conatur *Christoph. de Paz d. cap. 32. nu. 68.* quasi quia Princeps plus potestatis habeat, circa ius non quæsitum quàm circa ius quæsitum in illo casu expresso à DD. inde sequatur, quemlibet Commissarium plus potestatis habiturum in quolibet alio casu, quo ius quæsitum non fuerit, quæ planè consequentia nullo vinculo connecti potest. Etenim potentia Cōmissarij dependet à mandato,& delegatione data illi,& à statutis de illa disponētibus, quæ nullum discrimen inducunt inter duos istos casus, sed per eadem verba de illis loquuntur. Sine fundamento igitur inducitur inter illos discrimen. At potentia Principis est plenissima, omni nexu libera, & nullis coarctata limitib, quòad ea, in quibus ius tertij non læditur,& non deriuatur ab aliquo Superiore, illam modetatè,& limitatè cōcedente. Quod quod, cum agitur de probanda puritate sanguinis, aut nobilitate cuiuslibet petentis Collegium, aut Officium, etiā dato illi nullū ius fuisse quęsitum, agitur de re maximi prędicij,& in quo versatur maximum interesse totius familię, eiusque tertij maximè lędi potest, vt superius aduertimus. Quare quantumuis consequentia illa rectè connecteretur, doctrina non posset huic casui adaptari. Nam Doctores dicunt, potestatem Principis esse maximam, vbi ius tertij non læditur; in hoc vero casu agitur de re, quę in maximū, non vnius solum, sed plurimorum quoque detrimentum cedere potest, tractaturque de detrimento incurrendo, non solum à petitore, sed ad amplissima fortassis,& nobilissima familia, contra omnes regulas iuris,& vsitatum iudiciorum morē. Quo fit, vt prędicta doctrina à præsenti casu longe distet.

30 Testes autem recepti pro probandą nobilitate, vel puritate sanguinis, ad obtinendum Collegium vel præbendam, aut habitum militarem, aut familiaturam Sancti Officij non publicantur, neque eorum nomina eduntur, neque parti agenti datur testimoniorum, seu depositionum copia, vt obseruant statim referendi. At verò id fieri deberet, non conuenit inter omnes. Nam praxim Hispaniæ ordinariam defendunt, *Red. de Maiestate Princip. verb. Sed etiam per legitimos tramites, num. 199. et Olanus in Antinomia lit. T. nu. 26.* quos sequi videtur *Salzedo ad practicam Bernardi, cap. 23.* nouæ edito *num. 21.* Eam tamen improbat *Segura Daualos in directorio iudicum Ecclesiast. 1. par. cap. 14. ex nu. 19.* validissimis rationibus. Et *Cenedo* illum sequutus *3. par. collectaneorum, collect. 6. n. 2.* submutmurat *Menchaca de success. progressu, lib. 1. §. 4. n. 45.* vbi ait, veteri se, ne crucientur huius mali authores, seque loqui tanquā expertum, cùm collega fuerit. Certè negari non potest, vsum hac in re esse durissimū,& multa parere incommoda, abhorreque à iure,& equitate: sed tamen verustis moribus introductum,& hodiernis obseruatum. Tempora tamen multarum rerum,& vsuum afferunt mutationem, quemadmodum iam hodie multa mutata,& innouata sunt circa probationes harum qualitatum puritatis,& nobilitatis, quæ fiunt tum ad suscipiendos habitus militares, tum ad obtinendas præbendas Ecclesiarum, & Collegia per *Constitut.* seu *pragmaticam Extrauagantem Regis, et domini nostri Philippi IV.* publicatam Madriti 11. die Februarij anni 1623. cui titulus est *Capitulos de reformation. num. 22.* omninò videndam, & addes quæ scripsit post hæc scripta visus *Hieronymus de la Cruz in*

de-

defensione statutorum, et nobilitatum Hispaniarum libr. 2. cap. 5. et 6.

31 Illud etiam est in istiusmodi causis notione dignum, vt si quis prætensor videatur excludendus ex informatione, seu probatione semel facta de puritate, vel nobilitate sui generis, ab Officio, Collegio, prębenda vel habitu militari, seu quia non probauit qualitatem suam, siue quia malè probauit, habens aliquos testes contra se: adhuc poterit petere iterato fieri informationem, si statuto specialiter non prohibeatur.

32 Quia cum talis informatio sit summaria, & imperfecta, fiatque per Commissarios deputatos à Capitulo, Collegio, aut Ordinum Consilio, sine causæ cognitione, citationeque partis ad videndum iuramenta testium, ex ea nunquam oritur exceptio rei iudicatę, vt animaduertit *Perez de Lara lib. 2. de capell. d. cap. 4. ex num. 90. et Ricciull.* cum sequutus *tract. de Neoph. cap. 7. ex num. 23.* Allegant *Bartol. in extrauag. ad reprimendum, verb. Denunciationem, quomodò in crim. Lesæ Maiestat. proced.* non allegato specialius loco. Verùm *Bartolus* ibi per viginti numeros nihil dicit, ex quo hoc inferri possit, iudicio meo, aut ego non rectè intellexi *Bartolum*, aliqua dicit quæ videntur ad rem facere in *subsequent. verb. Summariæ, num. 7. & seqq. & num. 24. & 25. cum seqq. & Alexan. in l. à Diuo Pio 15. §. Si super rebus, ex numer. 4. & in leg. sępè 63. numer. 81. ff. de re iud. Zasius in dict. leg. à Diuo Pio. dict. §. Si super rebus, numer. 9. 10. & 11. cum seqq. Iason. num. 6.* qui ait, quod ex summaria causæ cognitione non oritur res iudicata, quin possit denuò ordinariè agi, *Bellonus decis. 3. ex num. 5. ad 9.*

33 Quatenus dicunt, probationes summariè receptas ante litem contestatam fidem non facere, & posse in alio iudicio iterato fieri.

34 Quidquid sit de iure, certum est, quod attinet ad vsum Regij Consilij Ordinum, sępè concedi secundos informantes, tametsi credam, id non ex iure ordinario, sed ex gratia concedi solere, quia non semper, nec omnibus, nec facilè conceduntur. Vidi item concedi secundos informantes petenti Collegium ex præsentatione, quod ex prima petitione non obtinuerat. Verum in re tam graui, & periculosa nulli viderentur denegandi, cum non solum summariè procedatur, sed etiam sub occultis probationibus, & ignotis testibus.

35 Reliquum est, vt satisfaciamus argumentis *Perez de Lara*, quibus suam sententiam videtur comprobare. Ad primum respondetur, non lædi integritatem famæ, aut puritatis comprobatæ per plures testes fidedignos ex detractione, vel depositione contraria vnius, vel alterius calumniatoris, aut falsi testis qualis præsumendus est, qui deponit contrarium eius, quod deponũt multi fidedigni, & omni exceptione maioris, alioqui neque Martyres, neque Dominus noster Iesus Christus censerentur integræ famæ aduersus quos insurrexerunt multi, quamuis falsi testes. Neque est vllum statutum, quod exigat integritatem famæ puritatis sanguinis eo sensu, quod nullus sit testis, qui contra puritatem deponat. Imò verò si inueniretur tale statutum, esset planè irrationabile, & captiosum, euidenter expositum falsitatum, & calumniarum periculis. Sed ille existimandus est vir integrę opinionis, & famę quòad suam puritatem, & nobilitatem, qui eam comprobauerit testibus, & instrumentis, aut probabilibus coniecturis, à iure approbatis, etiamsi habeat aliquem, vel aliquos testes cõtra se, quorum ratio habenda non sit, iuxta pręscriptam à iure, & legibus probandi formã, vt rectè prosequitur *Ceuallos d. q. 900. n. 90.*

36 Ad secundum argumentum primò negandum est, testes receptos à Commissario destinato ad recipiendas informationes prętensorum Ecclesiæ habitus, aut Collegij, in quibus seruantur ista statuta puritatis sanguinis, videri præsentatos ab ipsis prætensoribus, alioqui cum iudex procedit ex officio ad capiendam informationem delicti, reus ipse videretur testes producere, quod est absurdum. Quo casu neque accusator, aut denunciator, censentur testes præsentare, quos iudex ex officio examinat quamuis informatio ex eorum instantia capiatur. Neq; iuuat vulgare dictum, factum iudicis censeri factum partis, tum quia illa propositio non vniuersim accipienda sit, vt notaui *supra titul. 1. disput. 8. num. 8.* tùm etiam, quia nostro casui accomodari non possit, in quo iudex procedit ad actum, ad quem ipsa Pars non erat obligata, ad examinandos videlicet testes, quos Pars etsi vellet producere, non posset. Quare, & ipsimet *Perezio de Lara* tandem displicuit idem argumentum *dict. cap. 4. num. 66.* vbi sentit, in similibus informationibus à prætensore non approbati personas testium examinatorum quin possit contra eos opponere quoslibet defectus.

37 Secundò negandum est, esse verum quod præsupponitur in argumento, videlicet testem etiam vnicum productum à litigante, qui deponat contra ipsum producentem, probare plenè contra ipsum producentem, etiam si habeat contraria multa testimonia pluriũ aliorum testium deponentium pro producente, quę sententia attribuitur *Romano d. cons. 104. numer. 6.* Quinimò verius est, fidei testis deponentis contra producentem, dummodò vincatur ab alijs ab eodem productis, standum non esse. Nam quamuis producens testem non possit illius personam reprobare, & repulsare, iuxta *textum in l. si quis testibus 16. C. de testib.* & ibi *Doctores*, quoniam censetur per productionem illum approbasse, & illum repulsando videretur sibi contrarius, potest tamen dictum testis à se producti reprobare, & impugnare, falsumque ostendere, vt probat idem *text. in d. leg. si quis testibus, Panormitanus in cap. præsentium 31. numer. 6. & 7. de testibus Maranta in speculo, part. 6. actu 13. seu titul. de testium repulsa, numer. 10. 11. & 12. Farinacius in prax. criminal. quæstion. 62. numer. 185. & numer. 228. & 241.* qui plurimos allegat. & consentit idem *Perez de Lara dict. capit. 4. numer. 63. ex versicul. Sed hæc solutio, cum numeris sequentibus*. Apud nos Hispanos est textus expressus, qui id probat *in leg. 41. titul. 17. par. 3.* vbi optima redditur disparitatis ratio, cur videatur per productionem approbata persona testis non testimonium, & dictum eius, seu depositio, in instrumentis verò contra accidat, vt producens instrumentum omnia in eo contẽta approbasse videatur. Quoniã, in quã producẽs instrumentum potest videre, & scire omnia in eo contenta, at testem producens ignorat, quid sit depositurus. Sententiam autem *Romani dicto consil. 104.* explicat, quatenusque vera esse possit, declarat latè; *Iosephus Ludouicus commun. opinionum, titul. de testibus, conclusion. 1. versicul. Allegant enim passim, cum seqq. Farinac. d. quæst. 62. ex nu. 226. Perez de Lara dict. cap. 4. numer. 65.*

38 Ad tertium argumentum respondetur, testes productos pro puritate sanguinis non deponere de negatiua, & deponentes de impuritate, de affirmatiua, vt Lara præsupponit, vt possit cadere doctrina vulgatis, plus credi duobus testibus de affirmatiua, quàm mille deponentibus de negatiua. Nam fieri poterit è contra, vt testes deponentes de impuritate; deponant per negatiuam, & deponentes de puritate per affirmatiuam: veluti

si de-

si deponat testis de impuritate, se nescire prætensorem descendere à Christianis antiquis, aut non descendere à Christianis antiquis, & testis de puritate se scire, prætensorem descendere à Christianis antiquis, ex quo apparet vanitas argumenti. Et veritas est, in hoc casu, quemadmodum in multis alijs, negatiuam propositionem (quæ non est facti, nec iuris, sed qualitatis, & vocatur prægnans) includere sub se affirmatiuam, & in illa resolui: & è contra affirmatiuam includere negatiuam idem enim est, negare aliquem esse descendêtem à Iudæis, vel Mauris, quod affirmare, esse descendentem à Christianis veteribus: item negare, quem descendere à Christianis antiquis, quod affirmare, descendentem à Iudæis, vel Mauris, vel alijs sanguine infectis. Et affirmare, quê esse Christianum ab antiquo, idem est, quod negare, esse descendentem ab infecto sanguine. Item affirmare, esse Christianum nouum, idem est quod negare descendere, illum ab antiquis Christianis. Quemadmodũ idem affirmare, quem viuere, quod negare, esse mortuum: & qui negat, quem esse mortuum, affirmat esse viuum: qui negat quem esse diuitem, affirmat esse pauperem: qui negat esse mentem sanum, affirmat esse mente captum: qui negat esse mente captum, affirmat esse mentis compotem. Huiusmodi autem negatiua qualitatis iure vocatur negatiua prægnans, vtpotè intra se includens affirmatiua. Ita docuit *Innocent. in cap. super hoc 4. num. 7. in fin. de renuntiat. Speculator libr. 2. tit. de probat. §. 1. num. 3. Hostiensis in summa titul. de probat. num. 2. versic. Negatiua verò facts prægnans. Marianus Socinus in cap. super his 16. num. 105. de accusation. Cynus in l. actor. 23. num. 3. Bald. num. 12. & 15. & Salicetus numer. 10. & 15. Cod. de probation. idem Bald. in capit. tertio loco 5. num. 9. de probationib. Romanus in leg in illa stipulatione 8. num. 24. ff. de verbor. obligat. Rebuff. in repet. glossæ in cap. cum Ecclesia Sutrina, de causa possess. & propriet. sub titul. explicatio gloss. verbi vocem, ex num. 37.* latè, & propriè *num. 45. Iacobus de Arena tract. de positionibus in præfatione, num. 35. Herculanus de negatiua probanda, num. 10. & num. 157. cum seqq. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 36. ex num. 19. & cap. 43. ex num. 1. Cenallos dict. quæst. 900. ex num. 135. ad 140.* Illa verò communis Doctorum doctrina post *gloss. in l. diem proferre, §. Si plures, verb. Consenserit, ff. de recept. arbitr.* magis credi duobus testibus affirmantibus, quàm mille negantibus, non est intelligenda de hac negatiua qualitatis prægnanti, quæ affirmatiuam includit, sed de negatiua facti simplici, & indeterminata, quam dicunt communiter Doctores probari non posse, vt eleganter admonuit *Pacianus d. cap. 36. num. 11. vers. De hac eadem negatiua. Anton. Gabr. lib. 1. commun. tit. de testib. concl. 4. num. 6.* Nàm cùm negatiua qualitatis prægnans, de qua agimus, æquiualeat affirmatiuæ, iuxta traditionem doctorum superiùs allegatorum, idem de illa dicendum est, quod de affirmatiua dicitur. Quò fit, vt vis argumenti, quo vtitur *Perez de Lara*, pœnitus euanescat, maneatque sententia eius sine fundamento.

SVMMA DISPVTATIONIS Quartæ.

1 *In omni iudicio legitimanda est actoris persona.*
2 *Difficultas est, an debeat fieri ante contestationem litis, vel satisfit in termino probatorio.*
3 *Litis contestatio in quo consistat in causis plenarijs.*
4 *In causis summarijs de iure Castellæ requiritur etiam litis contestatio.*
5 *In causis summarijs de iure communi non est necessaria litis contestatio.*
6 *Quæ sint causæ summariæ, remissiuè.*
7 *In Regno Neapolitano omnes causæ sunt summariæ, & in eis non est necessaria litis contestatio.*
8 *In causis summarijs vim litis cõtestationis habet primus actus, qui solet fieri post litis contestationem, dum iudex incipit cognoscere de causa.*
9 *Concessio termini ad probandum habet vim litis contestationis in Regno Neapolitano.*
10 *Exceptio declinatoria antè litis contestationem opponenda, et aliæ dilatoriæ, possunt opponi statim post intimatum terminum.*
Quæ incontinenti fiunt in esse videntur, ib.
11 *Cùm quis agit nomine proprio, non est necessarium, vt legitimet personam suam antè litis contestationem, sed sat erit, vt id efficiat ante sententiam.*
12 *Cessionarius Cùm agit nomine proprio, non tenetur edere instrumentum cessionis in initio litis.*
13 *Cessionarius potest agere duobus modis.*
14 *Quomodo cognoscatur cessionarium agere vno, vel alio modo.*
15 *An sit idem cedere actionem, quod facere mandatum in re propria.*
16 *Quatenus in hoc articulo* Bartoli *sententia vera sit.*
17 *Cùm actor in primo libello facit mentionem instrumenti, reo petente, compelletur illud ostendere ante litis contestationem.*
18 *Id vero procedit cùm sit mentio limitatiuè, non si fiat assertiuè, ex sententia* Baldi.
19 *Declaratio,* Bartoli *in hoc articulo.*
20 *An sit, vel non sit necessaria editio instrumenti, vt reus deliberet; an debeat cedere, vel contendere, est in arbitrio iudicis.*
Quid statutum sit de iure Castellæ, ib.
21 *In causis executiuis ab initio, & ante omnia debent ligitimari personæ actoris, & rei.*
22 *Cùm à lege, vel statuto requiritur aliqua qualitas, vt quis admittatur ad iudicium ante litem contestatam, debet ostendere inesse sibi illam qualitatem.*
23 *Id tamen procedit, cùm reus negat.*
24 *Iudex ex officio repellit ab accusando mulierem.*
Iudex quando teneatur supplere de facto pro aduocato, ib.
25 *Cùm est notorium, qualitatem exclusiuam inesse actori, iudex ex officio repellit, secùs cùm est dubium.*
In Regno Neapolitano nullus potest accusare, nisi prosequendo suam, vel suorum iniuriam, ib.
26 *In Regno Neapolitano cùm quis agit nomine proprio, non tenetur ostendere qualitatem requisitam ad agendam ante litis contestationem, sed in processu, & exceptio contra obiecta reseruatur ad merita causæ.*
27 *Cùm quis agit nomine alieno, ante litis Contestationem debet legitimare personam suam.*
28 *Id etiam procedit cùm cessionarius agit nomine cedentis.*

DISPVTATIO IIII.

Vtrùm in initio iudicij, & ante litis contestationem sit legitimanda actoris persona, an potiùs satis sit eam legitimare in termino probatorio, & antè decisionem causæ?

1 RES est fine controuersia, in omni iudicio, siue ciuili, siue criminali, siue ordinario, siue executiuo, siue plenario, siue summario, etiam si causa sit tali, in qua procedatur de plano, sine strepitu, & figura iudicij, & quamuis iudicium sit extraordinariũ, & improprium, semper esse legitimandã personam actoris, inquirendum videlicet, quis, & quomodo agat, vt reus possit esse certus, an litem prosequi, an potius liti cedere debeat. Ista est communis traditio Doctorum, iuxtà textus notos in l. qui stipendia 9. in l. licet 24. C. de procurat. in l. non ignorat 9. in leg. si quis 20. in leg. si liberti, 21. C. de ijs qui accusare non poss. & in cap. 1. de accusat. docet Bartol. in l. 2. num. 3. C. edict. Diui Adrian. tollend. & in Extrauag. ad reprimendum, verb. Et figura numer. 7. eleganterq; quam plurimis Doctoribus allegatis prosequitur Scraderus de feudis part. 10. in præambulis ex n. 32. ad 38. Aucedañus ad legem 3. & 4. titul. de las exceptiones, numer. 22. §. Primo debet aduertere, cum numer. 23. Maranta in praxim part. 4. 20. distinct. num. 16. & par. 6. titul. de exception. nono membro iudicij, numer. 3. & 4. Brunorus à Sole in quæstionibus legalibus quæst. 11. per totam, & num. 6. Mascatellus in prax. lib. 1. par. 3. gloss. comparentis, ex numer. 1. Carol. de Graffijs de exceptionib. exception. 4. ex numer. 88. & latè ex num. 95. Vantias de nullitatib. titul. 11. nullitate ex defectum inhabilitatis, sea mandati comparentium, ex num. 1. Rouitus in pragmat. 5. num. 1 b. de ordin. iudicior. Castillo quotid. controuers. libr. 3. cap. 24. numer. 130. Thusous liter. C. conclus. 244. Achiles Personalis de adipiscend. possess. num. 65. Colerus de processib. executiu. par. 4. cap. 1. num. 75. Anton. de Amato variar. resolution. libr. 2. resolution. 78. ex numer. 1. ti adit Gregor. Lopez in leg. 3. titul. 10. part. 3. gloss. 1.

2 Verùm difficultas est, an id debeat fieri statim in initio litis, & ante eius contestationem, an satis sit legitimare actorem suam personam in termino probatorio, vel ante sententiam.

3 Oportet tamen animaduertisse, cùm causæ plenariè aguntur, & ordinariè, consistere litis contestationem in narratione libelli producti ab actore, & responsione affirmatiua, vel negatiua rei ad narrata in actoris libello, vt prosequitur Maranta, et ad eum Follerius in prax. par. 6. tit. de litis contestat. num. 3. 4. & 5. Quæ dicitur lapis angularis iudicij, & eius fundamentum, vt tradit Bald. in cap. 1. num. 2. de litis contestatione, cuius omissio de iure communi vitiat processum, cum sit de substantia iudicij mixta sententiam Speculat. libr. 2. in princip. nu. 1. et 2. Hostiensis in summa de litis contest. num. 1. 4. & 5. & in titul. ut lite non contestata, numer. 2. Glossę in capit. dadum 54. verbo Irritum duximus, de elector. & in cap. de causis 4. verb. Confessu partium, in fin. de offic. delegat. Bart. in l. prolatam 4. num. 1. & 5. Codic. de sentent. & interloquutor. omn. iudic. & ibi Legistarum Zabarella in clem. sæpè numer. 6. de verb. signific. Afflict. in consl. Pacis cultum, num. 44. & in decis. 191. num. 8. & ibi Vrsill. num. 7. Carauit. ad Ritum 48. numer. 1. & 2. Triuisani decis. 53. numer. 3. 1. par. & est communis sententia, teste Mariano Socino in cap. 1. numer. 8. de litis contestat. Item de iure Castellæ litis contestatio est necessaria in omni iudicio, iuxta l. 1. tit. 7. & l. 1. tit. 8. libr. 4. Recop. & l. 3. tit. 10. par. 3. ibi, Gregor. gloss. 1. & in leg. 8. eodem tit. gloss. 4. & quæ notat Didacus Perez in leg. 1. titul. 2. libr. 3. Ordinam. ad verb. Contestando el pleito, versic. Dubitatur 3. column. mihi 862. Azeued. in dict. leg. 1. numer. 3. & 6. tit. 7. libr. 4. Recopilation. Paz in praxim. tomo 11. part. sexto tempore, num. 2.

4 Imò, ibi nu. 7. rectè animaduertit de iure Castellæ in causis etiam summarijs requiri litis contestationem, iuxtà l. 10. tit. 17. lib. 4. & l. 5. tit. 7. libr. 9. Recop. cui consonat per omnia Volaño in Curia Philippic. 1. par. §. 14. num. 3. & 4. tametsi contra sentiant Aueud. responso 1. nu. 21. & Par. lad. rerum quotid. lib. 2. cap. 10. nu. 1. & 2.

5 Iure communi tamen attento, in causis summarijs litis contestatio non est necessaria regulariter, Clem. sæpe, & ibi gloss. verb. Litis contestationem, & Zabar. nu. 6. de verb. signif. Marian. ut Socin. in cap. quoniam frequent. nu. 26. vt lite non contestata, Maranta in prax. dict. tit. de litis contestatione num. 1. in fin.

6 Quemadmodum neque seruatur in illis ordo iuris, vt notat Afflictis in Const. Pacis cultum, n. 47. vbi per numeros sequentes colligi, & enumerat causas summarias, de quibus etiam vide Marantam in praxim. 4. part. distinction. 9. ex numer. 41. & Afinium in praxim. §. 3. capit. 31. qui congerit 31. causas. Quamuis vario modo loquatur Bart. in l. nec quicquam 9. §. de plano, num. 2. ff. de offic. Proconsul. & legat. & in l. si constante 25. in princip. ex num. 81. ff. solut. matrimon.

7 Ex quo cùm in Regno Neapolitano omnes causę sint summarię, iuxta cap. Detestantes, contentum in Ritu 288. et Ritum 289. & pragmaticam, dispendia litium 1. de ordine iudiciorum, cum traditis à Maranta in praxim. 4. part. dict. distinction. 9. num. 11. hodie in Regno litis contestatio non est necessaria, neque in vsu, notat Paris de Puteo de Syndicatu, titul. seu verbo Sententia, capit. 2. numer. 6. vbi latè explicationem dict. capit. Detestantes prosequitur per sequentia capita Afflictis decis. 283. num. 3. & 4. et 7. vbi Vrsillus num. 8. et ad decis. 191. num. 7. Maranta in prax. par. 6. dict. tit. de litis contestat. numer. 2. idem Afflictis in præludijs Constit. quæstion. 12. numer. 16. & in dict. Constit. Pacis cultum, num. 49. libr. 1. Rubric. 8. et in Constit. Contumacem, numer. 2. lib. 1. Rubric. 97. et in Constit. Iurisperitorum, num. 18. lib. 2. Rubr. 48. Carautia ad Ritum 48. num. 3. Tapia libr. 3. Iuris Neapol. rub. 44. ad dict. cap. Detestantes.

8 Sed quemadmodum in causis summarijs in quibus non fit litis contestatio, habet vim litis contestationis primus ille actus, qui solet fieri post litis contestationem, dum iudex incipit cognoscere de meritis causæ, habeturque loco illius, quoad omnes effectus, vt docuerunt Bartol. in Extrauag. ad reprimendum verb. Et figura, num. 10. & in l. nihil 20. in antiqua lectura, Codic. de procurat. Ludouicus Romanus consil. 174. num. 5. Lapus allegat. 112. numer. 3. idem Bart. in l. ab executore 4. §. Si procurator, nu. 2. ff. de appellat. & in l. nulla 23. & ibi Bald. numer. 3. C. de procurator. Angelus Aretin. in leg. 1. §. Libelli, numer. 16. ff. de appellat. Zabarella in Clementin. constitutionem 4. §. vltimo, numer. 7. de elect. Felin. cap. exceptionem 12. numer. 10. de exception. Alexand. consil. 50. num. 7. lib. 2. & consil. 147. nu. 10. lib. 6. Valenzuela consil. 31. numer. 4. Ioan. Garcia de expensis, & melioration. capit. 9. ex numer. 82. Maranta dict. titul. de litis contest.

contest. numer. 2. Paris de Puteo de Sydicatu, verb. Sententia, cap. 2. num. 12. circa medium. Asinius in prax. iudicior. in princip. cap. 3. num. 38. & 39. 44. & 48. & §. 3. cap. 8. num. 2. & §. 17. cap. 4. numer. 4. & cap. 6. numer. 7. Baldus tractat. de praescript. 3. part. 6. principal. quaest. 4. numer. 32. Cartar. decis. 63. num. 7. & 8. Paz in prax. tom. 1. 1. par. 6. tempore numer. 7. D. dacus Perez in lege 1. titul. 3. libr. 3. Ordinam. ad verbum Contestando el pleito, col. mihi 861. versicul. Quaro 1. qui plurimos allegat Azeued. in leg. 1. numer. 12. titul. 4. lib. 4. Recop.

9 Ita in Regno Neapolitano concessio termini ad probandum habet vim litis contestationis. Sic tradunt Afflict. in Constit. Dilationes, num. 6. in fin. cum num. sequent. libr. 2. rubric. 17. & in Constitut. Exceptiones, num. 5. eod. libr. 2. rubric. 18. Maranta Carauita. & Tapia supra relati. Muscatellus in prax. lib. 1. par. 5. verb. Seu gloss. defendendum, num. 21. cum sequent. Gallup. in prax. S.C. part. 2. cap. 15. numer. 3. Et quae ante terminum fiunt, aut in continenti post terminum intimatum, videntur fieri ante litis contestationem.

10 Sic receptum est, vt declinatoria exceptio, quae ante litis contestationem opponenda est in iudicio ordinario, leg. vltima, C. de exception. capit. inter Monasterium 20. de re iudic. notat Maranta in praxim. 4. part. distinction. 12. principal. numer. 12. & part. 6. titul. de exceptione, nono membro iudicij, num. 1. & 8. Vantius de nullit. titul. 14. qualiter sent. & processus, qui dicuntur nulli defendi possint, numer. 57. Asinius in praxi iudiciorum, §. 13. cap. 10. numer. 4. statim post intimato terminum opponatur, & simili modo aliae dilatoriae, quoniam quae in continenti fiunt, inesse videntur, l. lecta 40. in princ. versicul. Dicebam, ff. si cert. petat. Ita notat gloss. in leg. Pompon. §. Ratihabitationem, verbo Contestationem ff. de procurator. Innocent. in cap. Pastoralis 4. num. 1. vers. Et appello initium litis, de except. Socinus regula 167. in princip. & regula 171. limit. 8. aliàs liter. E. regul. 4. in additionib. regular. Imola in leg. 2. numer. 15. versicul. Praetereà illa, quae in continenti ff. de vulg. & pupill. Anto. de Butrio in cap. dilectus 2. num. 13. de ordin. cognit. Felinus in cap. exceptionem 12. numer. 30. versicul. Fallit 10. de exception. Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 1. glossa 5. num. 2. 3. & 4. Asinius in praxim. §. 3. cap. 2. limitatione, 9. per totam, vbi refert plurimos. Igitur, vt disputationem ad praxim huius Regni accomodemus, idem fuerit quaerere, an ante termini concessionem, vel incontinenti post ipsam, oporteat, actorem se legitimare, quod quaerere, an id debeat facere ante litis contestationem.

11 In qua difficultate Doctores communi consensu existimant, distinguendos esse duos casus. Primus est, cum quis agit nomine proprio. In quo dicendum est, non esse necessarium, vt actor in initio iudicij, & ante litis contestationem personam suam legitimam ostendat, & producat instrumenta, ex quibus constet se legitimè agere, sed sat erit, si id efficiat ante sententiam, ostendendo, se legitimè petere, quae petit, fauore iustitiam. Verbi gratia, si quis petat tanquam haeres, vel donatarius, non est opus ostendere ab initio litis testamentum defuncti, in quo institutos est haeres, vel instrumentum donationis: sed sat erit, producere instrumenta donationis, vel testamenti in termino probatorio, & antequā proferatur sententia. Quoniam tunc instrumenta ista magis deseruiunt ad iustificationem causae, quàm ad legitimationem personae, ac per consequens respiciunt merita causae. Ita sentiunt Bar. in l. si duo 93. num. 3. ff. de solution. & in leg. qui stipendia 9. numer. 3. & 5. Baldus num. 5. Salicet. num. 9. Angelus num. 3. Fulgos. num. 3. C. de procurat. idem Bartol. in lege 1. numer. 13. Baldus numer. 21. Codic. de action. & oblig. Albericus Rubric. num. 2. & 3. Cod. de haered. vel actor. vend. & in l. & quae à diuo 8. numer. 9. in fin. C. de edendo, Speculator. libr. 1. tit. de actor. §. expedito 1. num. 72. et libr. 2. titul. de instrumentor. editione, §. Nunc dicamus 5. ex n. 4. Alex. in l. Aristo, 28. nu. 4. ff. de acquir. hered. Ant. de Butrio in cap. 1. nu. 16. in fin. et ibi Aretin. num. 62. et 63. Felin. num. 28. de probation. Caranta ad Ritum 191. numer. 7. & ad Ritum 294. numer. 8. & 9. Gaspar. Rodericus de annuis reddit. libr. 2. quaest. 17. num. 34. versic. Au autem, Cartarius decis. 63. ex num. 14. Anton. de Amato resolut. variar. lib. 2. resolut. 78. num. 4. Surdus consil. 22. num. 1. & 19. Natta consil. 152. numer. 11. Caetheramus decis. 58. num. 4. versic. Non obstat.

12 Amplia huius primi casus resolutionem, vt etiam procedat in cessionario, qui si agat nomine proprio exercēs pro se, & in vtilitatem suam actiones vtiles per cessionē in se transfusas à cedente, non tenebitur edere instrumentum cessionis in litis initio, seu ante litem contestatam, sed satis erit, si illud producat in termino probatorio, & ante sententiam. Ita sentiunt omnes relati numer. antecedenti, & praeter eos Lanfrancus, Balbus decision. 45. Syntagma commun. lib. 8. tit. 29. nu. 15. et 17. Parlador. in sesquicent. differ. 37. in princip. nu. 9. Guzman de euictionib. quaest. 35. num. 167.

13 Ex quorum omnium doctrina pro explicatione ampliationis animaduertendum est eum, qui habuit ab alio mandatum in rem propriam, & cessionem posse agere duobus modis. Primò nomine mandantis, & cedentis exercendo actiones directas procuratorio nomine cedentis, & mandantis, quae quamuis remanserint penes cedentem, seu mandantem, quia eas non potuit à se auellere, & à suis ossibus (vt Doctores loquuntur) separare, l. quis ergo casus 16. ff. de peculio, vbi gloss. vlt. l. ea verò 3. in princip. ff. pro socio, leg. si delegatio 3. in princip. vbi etiam gloss. verb. Exigere, C. de nouation. earum tamen exercitium potest transferri in mandatarium simul cum actione vtili. Secundo modo cessionarius, seu mandatarius in rem proriam potest agere pro nomine exercendo vtiles actiones in se per cessionem, aut mandatum in rem propriam translatas. Et ampliatio tradita intelligenda est, cùm cessionarius agit hoc secundo modo, nam tunc non tenetur in principio litis legitimare personam suam, ostendendo instrumentum mandati, seu cessionis.

14 Quaeret quispiam, quo signo cognoscatur, procuratorem in rem propriam, & cessionarium exercere vtilis, vel directas actiones? Respondent Doctores in leg. 1. C. de actor. et obligat. id cognosci ex libello, nam si cessionarius, & procurator in rem propriam petat reum condemnari sibi procuratorio nomine cedentis, aut cedenti ipsi credendum est, proponi actiones directas, & ipsas exerceri à cessionario tanquam à procuratore cedentis: si verò petat cōdemnari sibi reum in vtilitatem propriam, tanquam de re ad se pertinente, censendum est, vtiles actiones in iudicium deductas. Eidem doctrinae assentitur Maranta in repet. l. si actor num. 41. ff. de procur. Thusus lit. C. conclus. 214. num. 3.

14 An verò idem sit cedere actionem, quod facere mandatum, in rem propriam, non omnes vno modo sentiunt. Nam Bald. in dict. leg. 1. numer. 17. & Fulgosius numer. 8. & 9. post maiorem Glossarum partem, & Martinum, quem refert glossa in dicta l. 1. verb. Mandatam, vltimo loco, Parlador. vbi supra num. 8. censent idem protsus esse cessionem,

nem, quod mandatum in rem propriam, & eosdem prorsus habere effectus *Bartolus* verò in eadem *leg. 1. numer. 7. & 22. C. de actionibus, & obligationib. & ibidem Cynus num. 4. Anton. Faber lib. 8. Codic. titul. 29. definitione 1. Maranta in repetit. leg. si actor. numero 29. & 35. ff. de procurator. post suam praxim. & idem Baldus in leg. certi, & indubitati, num. 5. & 6. C. de hæred. vel actor. vend. & ad Speculatorem lib. 2. tit. de cessione action. in fin. Sicardus in l. 3. num 5. C. de nouat. & delegat.* sentiunt diuersum quid esse cedere actionem & facere mandatum in rem propriam. Quoniam cessio fit translatio actionum vtilium non translato exercitio directarum, quas ideò non poterit cessionarius exercere nomine cedentis sine mandato in rem propriam, sed solùm poterit suo nomine exercere actiones vtiles in se per cessionem translatas. Atqui habet mandatum in rem propriam non habita cessione, solùm poterit nomine cedentis exercere actiones directas, quarum exercitium mandatum in rem propriam in ipsum transtulit, non verò vtiles, quas per cessionem non acquisiuit.

16 Ego (vt ingenuè dicam quod sentio) facilè assentior *Bartolo* quòad primam partem, vt qui cessionem obtinuit sine mandato in rem propriam exerceat solùm actiones vtiles, & non possit directas. Secundam verò partem, vt qui habet mãdatum in rem propriam, solum possit exercere directas, non vtiles, difficulter mihi persuadeo. Nã in quo differret procurator ordinarius, à procuratore in rem propriam? aut quid erit in rem propriam agere, si procurator nihil habet proprium, & ad se pertinens? Consequens est igitur, per mandatum in rem propriam aliquid transferri in mandatarium, quod illius proprium sit: quod aliud esse non potest, quam actio vtilis. Itaq; (iudicio meo) sic res habebit, vt mandatum in rem propriã includat cessionem, & transferat nõ solùm exercitium directarum actionum, sed etiam actiones vtiles; at cessio solum transferat actiones vtiles, non exercitium directarum. Primum videtur apertè probari *in leg. 1. C. de act. & obligat. in l. procuratore 55. ff. de procu. leg. qui stipendia 9. C. eodem titul.* Secundum *in leg. vltim. Codic. quando Fiscus, vel priuatus debitoris sui debitores conuent. possit, vel debeat.* Quamuis sciam *glossas* varijs modis loqui. Quoad vsum hæc quæstio nullius vtilitatis est, nam vt rectè animaduertunt *Bartol. in d. l. 1. nu. 10. & Fulgos. nu. 9.* notarij in omni instrumento cessionis dicunt, *Mandauit, cessit, & tradidit, & transtulit*, vt omnia complectantur, & istam dubitationem excludant.

17 Limita primò eandem primi casus resolutionem, vt non procedat cum actor in primo libello, quem produxit, facit mentionem instrumenti cessionis, donationis, testamenti, aut cuiusvis alterius: tunc enim etiam ante litis contestationem reo petente compelletur ostendere, & edere instrumentum, de quo in libello mentionem fecit, vt possit reus deliberare, an debeat cedere, vel contendere. & ab hac editione nullo alio modo excusabitur nisi iuramento adhibito asserat, se non posse instrumentum exhibere, quia illud apud se non habeat. Hãc limitationẽ tradit *Innocentius in capit. 1. numero 3. in fin. de probationibus*, quem ibi sequuntur *Hostiensis numer. 6. Butrius num. 16 Zabarella num. 7. Panormitanus num. 26. Imola num. 11. Ioann. Andreas num. 4. Ancharranus nu. 4. Aretinus nu. 56. 57. & 63. Felinus n. 26. Decius n. 158. & ex n. 306. & 307. Speculator. libr. 2. titul. de instrumentorum editione, §. Nunc dicamus 5. numer. 5. Bartol. in l. edita 3. numer. 29. C. de edendo, in l. si legatum 2. ff. eod. tit. in l. postquam 5. §. Si dies nu. 1. ff. vt legat. seu fideicomm. nom. cauc. Baldus in l. qui stipendia 9. numer. 6. Codic. de procurat. Angelus Aretinus in §. præterea, numer. 45. Instit. de exceptionib. Rota decis. 2. de probatio. nib. in nouis Guido Papæ decis. 116. Lanfrancus Balbus decis. 45. additio ad Capellam Tholosanam decision. 295. numer. 1. Minadous decis. 40.*

18 Sublimita tamen, & declara hanc limitationem ex mente *Bal. in l. edita, 3. num. 109. 110. C. de edendo.* & fere omnium, prædictorum vt procedat, cùm, in libello fit mentio instrumenti limitatiuæ, non verò si mentio fiat assertiuè. Dicitur fieri mentio instrumenti in libello limitatiuè, cùm libellus se refert ad instrumentum non satis declarato facto, neque expressa penitùs narratione, quali oporteret ad instruendum plenè reum de intentione actoris. Verbi gratia, si diceretur, Titius vendidit mihi fundum, prout constat ex instrumento manu talis notarij: tunc enim fit relatio ad instrumentum limitatiuè. Dicitur autem fieri mentio assertiuè, cum proposita narratione libelli clara, & aperta; subiungitur, & de hoc facto factũ est instrumentũ manu talis notarij. Primò casu debet instante reo produci instrumentum, de quo fit mentio in libello, statim etiam ante litis contestationem. Secundo non debet fieri productio; sed sat erit, producere instrumentum ante sententiam.

19 Non multum abest ab hac declaratio *Bartoli in dict. l. edita, numer. 29.* qui sic distinguit; *Quandoque libello fit mentio de aliquo instrumento non per modum limitationis, sed per modum cuiusdam assertæ probationis: verbi gratia: dicit actor, quod Titius vẽdidit mihi talem rem pro tanto pretio, & quod de hoc rogatus est talis notarius, vel quod de hoc apparet per publicum instrumentum talis notarij, tunc reus potest esse certus ex ipso libello. Non enim fit mentio instrumenti, vt limitet contenta seu narrata in libello, sed dicit actor, qualiter narrata probare potest. Si verò fieret mentio de instrumento limitatiuè, verbi gratia, dico, quod Titius vendidit mihi fundum pro tanto pretio, prout apparet manu talis notarij, quæ dictio, prout, est limitatiua vt hic vides, tunc aduerte, aut reus non debet esse instructus ex illo instrumento, de quo fit mentio in libello, quia ad eum non pertinet, & tunc debet ei fieri copia instrumenti antè litem contestatam, quia aliàs deliberare non potest, ita loquitur dictum Innocentij. Si verò est aliquod instrumentum, exemplum, legatarius petit ab hærede legatum prout continetur in tali testamento, certè quia apud hæredem debet esse testamentum, non debebit fieri copia, & istud probatur expressè, ff. eod. l. 2.* Hæc *Bartolus*.

20 Certè solemnis ista limitatio videtur reducta ad vanam verborum formulam, & regula imposita esse verbis, non rebus, contra *text. in leg. 6. Codic. commun. de legat.* vt adnotauit quoque *Ranchinus ad Guidonem Papæ dict. decision. 116.* Ego spectato iure communi dicerem, quoties reus indiguerit instrumento, de quo fit mentio in libello actoris, vt possit deliberare, an velit cedere, vel cõtendere, siuè fiat mentio limitatiuè, siuè assertiuè, semper esse dandam copiam, edendumque instrumentum, etiam ante litis contestationem, nisi iuraret actor, instrumentum non esse apud se. Quoties verò ad deliberandum, an debeat reus litem prosequi, aut liti cedere, non est opus instrumento, cuius in libello mentio fit cum ex narratione clara, & aperta possit esse certus de facto, quouis modo fiat mentio, siue per verba limitatiua, siue assertiua, non esse edendum instrumentum antè litis contestationem: sed sat erit, instrumentum produci ante sententiam ad probandam intentionẽ actoris. Hæc reso-

lutio

lutio planè colligitur ex communi hac in re Doctorum traditione, ita vt dubitari non possit, quin sit communis omnium mens. Nulla enim alia ratione mouētur ad asserendum, editionem instrumenti faciendam esse ante litis contestationem, nisi quia videatur esse necessaria, vt reus possit deliberare, an debeat cedere, vel contendere; quare illa cessante non erit opus editione. In qua sententia videtur esse *Muscatellus in prax. lib. 1. part. 3. gloss. mentionatorum, nu. 4. cum sequent.* Quando verò editio instrumenti sit, vel non sit necessaria ad hunc effectum, erit in arbitrio iudicis: qui diligenter attendat, vt malitijs vtriusque tam actoris, quàm rei obuiam eat, ne malitijs sit indulgendum, iuxta præceptum Iurisconsulti in *leg. in fundo 39. §. Censuimus, ff. de rei vindic.* De iure Castellæ ad obuiandum istis calumnijs, statutū est, vt siue actor, siue reus velit se iuuare scripturis ad comprobandam suam intentionem, illas producat simul cum libello, vt possit eas videre aduersarius, cui statim debet dari earum copia. Ita statuit *l. 1. tit. 2. l. 1. 2. & 3. tit. 5. lib. 4. Recop.* & ad eas notant Scribētes, & iuxta eas intelligi debet *Guzman de euiction. quæst. 35. num. 141.* generaliter, & indistinctè loquutus.

21 Limita secundò eiusdem primi casus resolutionem, vt procedat solùm in causis ordinarijs: secus tamen in executiuis, in quibus ab initio, & antè omnia debent produci instrumenta omnia, quorum virtute quis vult executionem obtinere, & iudex non debet, nec potest expedire mandatum executiuum, nisi productis, & visis instrumentis habentibus executionem paratam, quibus constet, petenti executionem competere viam executiuam. Nam etiam si quis agat nomine proprio, debet iustificare viam executiuam, nō solum ex parte sua, sed etiam ex parte rei. Verbi gratia; si agat contra hęredem, ostendere illum esse hæredem, si agat contra fideiussorem, ostendere illum esse fideiussorem, & sic de alijs. Ita sentit *Baldus in l. Bebius Marcellus 30. in lectura antiqua, num. 2. ff. de pactis, dotalib. & in l. per diuersas 22. num. 21. & 22. C. mandati, & in leg. non ignor. 9. numer. 1. C. de ijs qui accus. non poss. Hippolyt. de Marsil. singul. 26. Boerius decis. 10. Auendaños ad l. 4. & 5. titul. de las exceptiones num. 20. Gaspar. Róder. de annuis redditib. lib. 2. quæst. 17. num. 34. à princ. & versic. Hæc tamen distinctio, Parlador. libr. 2. rer. quotid. cap. final. 4. par. §. 1. ex num. 1. & 5. par. §. 2. à princ. Roland. à Valle cons. 20. vol. 1. Brunorus à Sole quæst. l. quæst. 11. Roderic. Suarez in l. post rem iudicatam, ff. de re iudicat. in declar. legis Regni, ampliat. 1. num. 2. & per tot. Asinius tract. de executionibus §. 2. cap. 6. num. 3. Colerus de processib. executiu. par. 3. cap. 1. ex num. 17. & ex num. 21. & 28. Giurba decis. 10. & decis. 17. ex num. 9.* Et de iure Castellæ probat hanc limitationē *tex. in l. 35. tit. 4. lib. 3. & in l. 2. & 19. tit. 21. lib. 4. noua Recop.* Ratio est, quam reddit *Baldus vbi suprà in dict. l. per diuersas*. Nam in via executiua initium sumitur à captura bonorum, & personæ rei, quæ continet damnum, & iniuriam si iniustè fieret, vt rectè notauit *Asinius vbi suprà dict. §. 2. cap. 15.* Quare ab initio via executiua debet iustificari, facit, *Paulus Castrensis consil. 31. 1. par. Milanensis decis. 3. libr. 2. Iosephus Ludouicus decis. Perusin. 40.* Secus est in via ordinaria, in qua durante iudicio, & ante sententiam reo nullum damnum infertur.

22 Limita tertiò, vt eadem resolutio non procedat, si specialis aliqua qualitas requiratur à lege, vel statuto, vt quis admittatur ad iudicium: nam tūc quantumuis agat nomine proprio, in initio iudicij, & ante litem contestatam, debet ostendere in esse sibi illam qualitatem, & esse se talem, qualem dicit, & qualem requirit lex, vel statutum, vt possit agere, & iudicium ingredi. Hanc limitationem probat expressè *text. in leg. non ignorat. 9. C. de ijs qui accus. non poss.* vbi mater, quæ vult vltionem mortis filij sui persequi, quantumuis agat nomine proprio, non admittitur ad accusationem, nisi prius matrem se esse probauerit. Et ex illo textu colligunt Doctores vnanimiter, quemcuuque qui vult admitti, vt talis debere probare se esse talem. Notat *Lucas de Penna in l. 2. numer. 34. C. de delator. lib. 10. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præs. 32. Brunorus à Sole, quæst. legal. quæst. 11. ex num. 10. & num. 15. & 16,* qui refert plurimos, meminit *Carauita ad Ritum 191. n. 7. Peregrinus de fideicomiss. artic. 43. num. 60.* Quæ propositio sic vniuersaliter sumpta planè destrueret Doctrinam supra traditam, videlicet, eum, qui agit nomine proprio non adstringi ante litis contestationem ad probandum, se esse talem, qualem asserit in libello, videlicet hæredem, donatarium, cessionarium. Quare propositio illa vniuersalis restringenda est ad terminos huius limitationis, cum videlicet lex, vel statutum requirit aliquam qualitatem, vt aliquem admittat ad iudicium, & sic procedit casus *in d. leg. non ignorat*, nam mulier non poterat accusare, nisi suam, vel suorum iniuriam prosequeretur, *leg. qui accusare 8. leg. hi tamen 11. ff. de accusation. leg. Senatusconsulto 5. leg. de crimine 12. C. de ijs qui accusar. non poss.* Cum igitur sit exclusa à lege, vt sibi pateat accusandi via, oportet, vt ostendat in ipso limine, & antè quam iudicium vlterius procedat, licere sibi accusationem prosequi. Sic *Baldus* qui nihil ignorauit, *in dict. leg. non ignorat, num. 1. & 2.* animaduertit, esse duplicem qualitatem aliam, quæ est causa introducendæ petitionis in iudicio, aliam quæ est causa pronunciationis diffinitiuæ. Primam qualitatem docet, debere probari, antè litem contestatam, & antè quam iudicium vlteriùs procedat, vt *in dict. leg. non ignorat*, idem, ait seruandum esse, quoties qualitas est causa excludendi aliquem à limine iudicij, nam in ipso limine iudicij probari debet, qualitatem non adesse, quod confirmat ex *text. in l. quoniā Alexandrum, C. ad l. Iul. de adult.* Secundam verò qualitatem probari debere literam contestatam, & ante diffinitiuam.

23 Sublimita primò pręcedentem tertiam limitationem, vt tunc procedat, cùm reus excipit, nō inesse actori qualitatem requisitam ad introductionem iudici: secus erit, si reus nihil opponat, nam tunc potest iudicium vlterius procedere. Ita sentit planè *Baldus d. l. non ignorat, numer. 2.* dum addit illa verba: *Si aduersarius negat*, quem sequitur ibidem *Salicet. numer. 2. glossa in Constitutione, Exceptione filiationis, verb. Exceptione, & ibi Andreas de Isernia, verb. Exceptionem, in princip. & in fin. Carauita ad ritum 191. numer. 7.* insinuat, *Afflict. in ead. Const. Exceptione, numero secundo*, sentit *Iafred. Lanfranc. Balius decision. 513.*

24 Verum est, *Iserniam* eodem loco *in versic. Putamus*, dicere, posse iudicem ex officiò suo repellere ab accusando mulierem, quam, iura uolunt non recipi, nisi suam, vel suorum iniuriam prosequatur, etiamsi aduersarius non excipiat, supplendo deffectum aduocati, vel litigantis, iuxta *Rubr. & l. 7. C. vt quæ desunt Aduocat. iud. supple.* Nam ita fieri debere, probat *tex. in leg. quos prohibet 7. ff. de postul.* notat *Panorm.* loquens generaliter de illegitimo accusatore *in cap. 1. nu. 13. de accus. Specul. lib. 1. tit. 1. de officio omnium iudicum, §. impedit. 4. n. 3.* Quoniam vigant rationes, ob quas ius, illam, statuit, repelli: scilicet ne Conuentui virorum irreuerenter se ingerat. *l. maritus 21. C. de procurat. l. optimam 14. §. Cùm itaque, C.*

de contrah. & commit. stipulat. & propter honorem, & authoritatem Tribunalis, quam iudex ingenio suo debet augere, *l. obseruandum 19. ff. de offic. Præsid.* oportet itaque, ne mulieres intersint iudicijs nisi propter suam, vel suorum iniuriam. Subiungit tamen regulariter iudicem non teneri supplere de facto, non enim tenetur, *leg. non quidquid 40. ff. de iudicijs, l. 1. C. quomodo, & quando iudex, Alex. in l. 1. nu. 6. C. vt quæ desunt Aduocatis*, tractat *Speculator lib. 2. tit. de disputationibus, & allegation. §. Satis clare 6. num. 14. & ad eum Bald. ibi, addition. vlt.* Ego existimo sic distinguendum.

25 Aut est notorium, qualitatem exclusiuam inesse actori, vt cùm accusat mulier, quem esse mulierem, est notorium, & tunc iudex ex officio debet excludere actorem, nisi probet se posse admitti, iuxta doctrinam *Andreæ de Isernia*, quam confirmant tradita a *Felin. in cap. exceptionem 12. num. 6. circa fin. de except. & ibid. Panorm. num. 7. vbi additio*. Aut est dubium, an insit actori qualitas exclusiua, vt si quis accusaret tanquam frater, vel tanquã hæres, stante statuto, quod quis non possit accusare, nisi prosequendo suam, vel suorum iniuriam, aut proprium interesse, vt est in Regno Neapolitano *Rit. 191. & 192.* ad quos notat *Carau. & Maranta in prax. 6. p. tit. de inquis. nu. 59.* meminit *Afflict. in const. præsentis lege num. 2. lib. 1. Rub. 51. Franch. dec. 382. num. 8. Iul. Clarus lib. 5. sententiar. §. 1. num. 6. & §. fin. q. 3. nu. 6. & q. 14. nu. 12.* quem Ritũ, & praxim vereor, ne correxerit *prag. vn. de priuil. concessis Vniuersitatib.* tunc iudex non tenebitur ex officio repellere, nisi reus opponat, iuxta sententiam *Baldi, & aliorũ*, qui conciliationi ex parte videtur acquiescere *Carauita ad d. Ritum 191. num. 7.*

26 Sublimita secundò prædictam tertiam limitationem, vt non procedat attento iure Neapolitano, quo co institutum est, vt qualibet requisita ad agendum in eo, qui agit nomine proprio non sit probanda ante litis contestationem, sed in processu litis, & exceptio obiecta actori carentiæ similis qualitatis, reseruatur ad merita causæ, ad impedita litis contestatione. Sic statuitur in *Const. Exceptione Filiationis*, vbi *gloss. verb. Filiationis*, ait per illam corrigi *d. l. non ignorat, C. de ijs qui accusar. non poss.* quam sequuntur ibi, *Afflict. ante num. 1. Isernia in princ. Carauita ad d. Ritum 191. num. 7. Muscatellus in prax. lib. 1. p. 5 gloss. reseruatis, num. 8.* Quæ constitutio reducit resolutionem ad regulam pris propositam, vt sufficiat, eum, qui agit nomine proprio probare se esse talem, qualem dicit in libello durante iudicio vsque ad diffinitiuam. Idem dicendum est de iure Castellæ, stante *leg. 10. tit. 3. part. 3. & ibi gloss. 1.* quæ lex concordat cum prædicta Constitutione.

27 Secundus casus est, cùm quis agit nomine alieno tanquam procurator alterius, vel tutor, vel curator nomine pupilli, aut minoris. In quo communis est omnium DD. resolutio, necessarium esse, vt in initio litis, & ante illius contestationem exhibeat mandatum, & legitimet personam suam, ostendendo se legitimum procuratorem, tutorem, vel curatorem, alioqui obstabit exceptio, *tua non interest*, & poterit à iudice ipso, ex officio à iudicio repelli tanquam actione carens, *Gigas de pension. q. vlt. nu. 25. l. veluti 27. in princ. ff. de verbor. oblig. gloss. in l. vbi pact. 40. verb. Pœna, C. de transf. Bart. in l. si vnus 28. §. Pactus ne peteret, num. 20. ff. de pact. Alex. in l. 1. num. 6. C. vt quæ desunt. Aduoc. iud. supp. Pacian. de prob. lib. 1. c. 57. num. 28. et seqq. Menoch. cons. 1244. num. 59. lib. 13.* qui ibidem cum multis, quos refert, animaduertit, procedere hoc etiam parte non petente, & tametsi videatur contradicere *Scrad. de feud. par. 10. in præamb. nu. 33.* postea tamen *num. 37.* videtur consentire, & *Muscat. in prax. lib. 1. par. 3. g. oss. actionis, num. 8. & 9.* Et hanc resolutionem amplectuntur *Scribentes, in d. l. qui stipendia 9. C. de procur. & in l. 1. C. de act. & oblig.* & omnes relati sup. *nu. 11.* & præter eos *Isern. in Const. Except. filiationis verb. Except. Afflict. ibid. num. 1. vers. Sed quæro, et num. 1. lib. 2. Rub. 22.* Ratio autem videtur esse, quia iniquum est molestari, & fatigari quem quam in prosequutione iudicij ab eo, qui fatetur, sua nihil interesse iudicium prosequi, cũ agat alieno nomine, & nihil proprium habeat antequam constet habere ab alio, vt possit molestare reum, & se legitimè agere, aut accusare alieno iure, *c. 1. de accus.* vbi notant Canonistæ. Alioqui calumniatoribus, & maleuolis daretur occasio molestandi quos uellent, sub eo prætextu, quod alieno nomine agerent, sicq; iudicis authoritas, & iudiciorũ vis illuderetur, si spectandus esset litium finis, ut uel legitimaretur actoris personã, uel eam illegitimam esse constaret post molestiam, & iniuriam, aut infamiam, dãnaq; rei familiaris reo illata, cui per solam absolutionem non foret plenè satisfactũ. Ideò iure optimo de iure Castellæ constitutum est *in l. 2. et 3. tit. 2. lib. 4. Rec.* ne possit expediri citatio rei, cùm producitur libellus contra eum alieno nomine, nisi producatur mandatum procuratorium, & examinetur per aduocatum, qui asserat subscribens se à tergo mandati, illud esse mãdatum legitimũ, & sufficiens, ut procurator nomine mandatis agat, & *in l. 5. tit. 17. lib. 2. eiusdem Rec.* statuitur, ne Scribæ Cons. aut Regiorum Auditoriorum, consignent processus Relatoribus, quod faciant relationem corã iudicibus, nisi mandata procuratoria sint approbata, & subscripta ab aduocatis litigantium tanquam legitima: atq; item, ne Relatores relationem faciant: nisi præcedat similis approbatio mandatorum cum subscriptione aduocatorum, & earum cõstitutionum ibidem redditur eadem ratio, quã nos reddidimus. Et idem ferè constitutum est de iure Neapolitano nouiori, ut *in prag. 79. c. 5. de offic. S. R. Cons. in nouiss. compil.* Idem ferè seruatur in Cathalonia, ut obseruat *Cancer. var. res. 2. p. c. 14. num. 62.*

28 Amplia resolutionem huius secundi casus, ut sit etiam obseruanda, cùm quis cessionarius procurator in rem propriam agit nomine cedentis, & mandantis, exercens tanquam eius procurator actiones directas, quarum exercitium transfertur in ipsum per mandatum in rem propriam, nam tunc tenetur in initio litis, & ante eius cõtestationem edere, & ostendere instrumentum cessionis ad legitimandam eius personam, ob eandem rationem, qua adstringitur ostendere mandatum agens nomine alieno. Hanc ampliationem tradunt omnes allegati *suprà num. 11.*

SVMMA DISPVTATIONIS Quintæ.

1 *Exceptionum multa sunt genera, et primum est merè dilatoriarum.*

2 *Exceptiones dilatoriæ aliæ respiciunt iudicem, aliæ litigantes, aliæ Libellum.*

3 *Aliæ sunt exceptiones peremptoriæ mere.*

4 *Aliæ sunt exceptiones anomalæ.*

5 *Exceptiones merè peremptoriæ apponendæ sunt post litem contestatam, et non sunt decidendæ ante sententiam diffinitiuam.*

6 *Exceptiones dilatoriæ opponendæ sunt ante litis contestationem.*

7 In.

7 *Inter exceptiones dilatorias, quæ respiciunt iudicem, vt declinatoria, & recusatoria, ante omnes sunt opponendæ.*

8 *Exceptio declinatoria opponenda est ante recusatoriam.*

Decidenda est ante omnia, ibi.

Idem dicendum est de alijs dilatorijs concernentibus legitimationem personæ litigantis ibi.

Sententia illis non decisis est nulla, ibi.

Quamuis iudex procedens ad vlteriora videatur reijcere alias exceptiones, id non habet locum in declinatoria, sed expressè, & specificè est decidenda.

9 *Exceptio declinatoria videbitur decisa per interloqutionem verbis generalibus factam, non obstantibus oppositis esse procedendum.*

10 *De exceptione declinatoria cognoscit iudex coram quo opponitur, qui examinat, an sit sua iurisdictio, & limitationes, remissiuè, ibi.*

11 *Exceptio recusatoria litigant manus iudicis.*

Quomodò sit proponenda, & quid in ea seruandum, remissiuè, ibi.

Causæ recusationis, ibid. remissiuè.

12 *Proponitur difficultas de exceptionibus anomalis.*

13 *Exceptiones anomalæ cùm de eis in continenti constat, statim sunt diffiniendæ, quando requirunt altiorem indaginem reseruandæ sunt in tempus diffinitiuæ.*

14 *Idem seruatur in dilatorijs, quæ respiciunt merita causæ.*

15 *An id sit intelligendum de exceptionibus intricatis in facto; an etiam in intricatis in iure.*

Dubium super facto eget termino, vbi verè factum est certum expeditur causa sine termino, ibi.

16 *Exceptionem in iure dubiam posse reseruari in finem litis, quorundam sententia.*

17 *Verius est, solum posse reseruari in finem litis exceptionem in facto intricatam, non in iure, sed contrarium frequentius seruatur, & ratio.*

18 *Exceptiones, quæ respiciunt processum statim sunt diffiniendæ.*

19 *Quando dicantur exceptiones probari incontinenti.*

20 *Quid significet dictio* Incontinenti.

21 *In arbitrio iudicis situm est, quid dicatur* Incontinenti *fieri.*

22 *De iure Castellæ quid significetur per verb.* Incontinenti.

23 *Exceptiones præiudiciales quæ sint.*

24 *De iure Neapolitano quomodo accipiatur verbum* Incontinenti.

25 *Arbitrarium est iudici, quænam exceptiones requirant altiorem indaginem.*

26 *Quomodo opponatur exceptio anomala cum proponitur tanquam dilatoria. Quomodò quando tanquam peremptoria.*

27 *Exceptio solutionis, acceptilationis præscriptionis, t ua non inter est, sunt anomalæ.*

28 *Duæ formæ pronunciandi super reseruatione exceptionum animaduersio* Afflict.

29 *An cùm reseruantur exceptiones sit facienda de illis mentio in sententia.*

30 *An sit valida sententia, quæ non pronunciat super exceptione reseruata expressè, etiam instante parte.*

DISPVTATIO V.

Quando in iudicio sit reseruanda decissio super exceptionibus allegatis intépus sententiæ diffinitiuæ: Quando verò statim, & ante diffinitiuam sit super illis definiendum.

1 EXceptionum, quibus reus ab actore impetitus in iudicio se defendit multiplex est, & varia natura. Primum genus est (more Legistarum loquor) merè dilatoriarum, quæ opponuntur ad differendum iudicium, non directò impugnantes actionem agentis: quasi per eas reus non directò velit negare, actorem fouere iustitiam in causa principali; sed veluti quodam diuerticulo procuret actorem morari, ac detinere, & in aliud tempus, aut casum sententiam reijcere.

2 Hoc autem primum exceptionum genus in tria alia membra, seu species subdiuiditur. Nam quædam ex istis dilatorijs exceptionibus iudicem respiciunt: vt declinatoria fori, aut recusatoria ob suspitionem iudicis. Quædam ad litigantes referuntur, videlicet exceptiones legitimationis personæ (de quibus disputatione præcedenti) verbi gratia, exceptio obiecta minori, quòd agat sine curatore, vel quòd tutor non impleuit solemnia, quòd procurator agat sine mandato, aut cum mandato minus sufficienti. Quædam tandem pertinent ad libellum, seu totam causam, vt exceptio, quòd libellus sit obscurus, vel ineptus, aut exceptio pacti temporalis, de non petendo, aut exceptio, ante diem agis. De istis exceptionibus agit *Speculat. libr. 2. tit. de exception. & replicat §. exceptionum 1. vbi tradit diuisionem exceptionum, & §. nunc videndum 2. Felin. in cap. exceptionem 12. ex num. 7. de excep. Thusc. liter. E. concl. 389. & 330. Maranta in speculo, part. 6. tit. de exceptione, nono membro iudicij, ex num. 1. Asinius in prax. iudicior. §. 13. capit. 1. & 2. Paz in prax. 1. tom. 1. par. 5. temp. ex num. 9. Muscatellus in prax. libr. 1. part. 3. glos. dilatorias ex num. 1. Volaño in Curia Philippica, 1. p. §. 13. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 8. Scaccia de iudic. lib. 1. cap. 101. ex num. 6. & num. 31. cum seqq. & num. 58. cum seqq.*

3 Secundo genus est exceptionum merè perẽptoriarum, illarum videlicet, quæ perimunt omne ius actoris, *§. appellantur, Inst. de excep.* vt est exceptio non numeratæ pecuniæ, exceptio doli, exceptio metus, exceptio pacti de non petendo perpetuò, & similes. De istis agit *Spec. d. tit. de except. §. dicto 3. Angel. in §. appellantur, ex num. 47. inst. de except. Maranta in prax. d. tit. de exception. num. 12. Asinius in prax. d. §. 13. capit. 3. 4. 5. & 6. Paz in prax. 1. tom. 1. par. septimò temp. ex num. 1. Muscatell. in prax. libr. 1. part. 4. glos. peremptorias, ex num. 4. Volano in Curia Philipp. 1. par. §. 15. ex num. 1. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 9.*

4 Tertium genus est exceptionum anomalarum, seu mixtarum, quæ participant naturam, tàm dilatoriarum, quam peremptoriarum, & possunt opponi tàm ad impediendum ingressum, aut processum litis ante eius contestationem, quàm ad elidendam actionem actoris post contestationem, vt sunt exceptio rei iudicatæ, transactionis, litis finitæ, iuxta *text. in cap. 1. de litis contest. in 6. vbi glossa, verb. Finita,* de istis agunt, easque recensent, *Bart.*

in l.

in l. vltima, ff. pro suo, & in l. cùm quærebatur 13. num. 3. ff. iudicat. solui. Additio longa Alexand. ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. eod. Baldus in l. postquam liti 4. ex num. 7. C. de pact. & in l. exceptionem 19. ex num. 1. C. de probat. vbi etiam Salic. aliquid etiam idem Baldus in leg. peremptorias 2. C. sentent. rescin. non poss. Paulus in l. ait Prætor 7. num. 8. ff. de iur. iur. Angel. Aretin. in §. æquè, ex numer. 15. Instit. de except. Congessit quadraginta quatuor exceptiones anomalas, Marian. Socin. in capit. olim inter, ex num. 16. de litis contestat. Enumerauit 33. exceptiones anomalas impedientes litis ingressum Philipp. Franchus in dict. cap. 1. ex num. 18. de litis contestatione in 6. in 43. limitationibus. Recenset totidem exceptiones anomalas, Martinus de Fano in tract. de exceptionibus, impedientib. litis ingress. tom. 3. tract. 2. part. recensuit 34. exceptiones Omnium copiosissimè Marcus Anton. Blancus tract. de excep. impedient. litis ingressum, tom. 3. tract. 1. par. coacervauit 70. exceptiones, Felin. in capit. exceptionem 12. num. 36. & 37. cum seqq. quarundam meminit, & remittit se ad multa loca, vbi de illis agitur. De illis tractarunt Assinius in prax. §. 13. cap. 3. 6. 7. & 9. Maranta in prax. d. tit. de excep. ex num. 12. Paz in praxi 1. tom. prima par. septimo tempore, ex num. 2. Muscat. in prax. libr. 1. 4. part. glos. periurij, gloss. finita gloss. iudicata, gloss. transactionis, gloss. petendo, gloss. & similia, Pacian. de probation. lib. 1. cap. 58. ex num. 11. Thuse. lit. E. concl. 394. Villadiego in Polit. cap. 1. n. 10. Scribentes in c. 1. de litis contest. in sexto.

5 Quod attinet ad exceptiones merè peremptorias (vt incipiamus à faciliori resolutione) illæ opponendæ sunt post litem contestatam, & nullo modo sunt decidendæ antè diffinitiuam: nam diffinitiua super ipsis ferenda est, qua totalis finitur. Id apertè probat text. in cap. 1. de litis contest. in 6. sentit Speculat. libr. 2. d. tit. de exception. & replic. §. dicto 3. num. 3. Felin. multis relatis, in d. cap. exceptionem 22. num. 36. & ibi Panorm. num. 18. de exception. Philippus Francus in dict. capit. 1. numer. 58. de litis contest. in 6. Salic. in l. exceptionem 19. num. 19. C. de probat. Maranta in prax. d. tit. de exceptione numer. 13. Paz in praxi dict. 7. temp. num. 4. & 8. Quod adeò verum est, vt Doctores isti dum loquuntur de exceptionibus mixtis, tamen si multi confundant tractationem earum cum doctrina de merè peremptorijs, tamen cùm illæ opponuntur in vim peremptoriarum, dicant earum definitionem reseruandam esse in tempus diffinitiuè, ac per eam esse determinandas, non antè.

6 Quòd verò pertinet ad dilatorias, regula est, esse opponendas antè litis contestationem, non post, l. vlt. C. de except. l. ita demum. 13. C. de procurat. l. exceptionem. 19. C. de prob. Et omittendo earum allegationem videtur illis renunciatum, cap. inter Monasterium, de re iudic. Hanc regulam tradit Felin. in dicto cap. exceptionem 12. ex num. 7. cum tredecim limitationibus, vbi vide de excepti. Asin. in prax. d. §. 13. cap. 1. num. 17. & 18. & c. 8. num. 4. Ampliationes autem, & limitationes regulæ in cap. 2. per tot. Maranta in prax. par. 6. d. tit. de except. ex num. 8.

7 Inter has exceptiones dilatorias, illæ, quæ respiciunt personam iudicis, videlicet declinatoria, & recusatoria ante omnes sunt opponendæ, ne illis omissis, & procedendo ad vlteriora videatur iudicis persona approbata, & prorogata eius iurisdictio, iuxta tradita à nobis priore tit. disp. 2. q. 8. ex num. 991. & notata ab Asin. in prax. d. §. 13. cap. 8. n. 4. Maranta in prax. part. 6. d. tit. de except. nu. 1. & Acacio Ant. Ripol. variar. resol. c. 2. ex nu. 84.

8 Exceptio quidem declinatoria ante omnes, etiam ante suspitionem iudicis, seu recusationem, proponenda est. Nam suspitio iudicis obiecta, & recusatio videtur præsupponere iudicem competentem, cùm incompetens per ipsam declinatoriam faciliter, & sine ambagibus remoueatur, non per recusationem quæ plures solemnitates requirit, propositionemque, & examen causarum, propter quas recusatur iudex notaui superiore tit. disp. 2. q. 7. sect. 1. num. 794. Sic sentit Bald. in l. vltima, ex num. 6. C. de iudicijs, & ibi Additio Andreæ Barbatiæ, Salicet. ibidem num. 8. Felin. in cap. inter Monasterium 20. num. 4. & 6. de re iud. Ripol. var. resol. d. cap. 2. ex num. 88. idem Bald. in l. exceptionem 19. num. 11. C. de probat. & videtur esse in eadem sententia Bart. in l. quidam consulebant 57. num. 9. & 11. ff. de re iudic. Et de hac exceptione priùs etiam, & ante omnia cognoscendum est, & statim est decidenda, & determinanda, vt docet Bart. in l. vltima, numer. 5. ff. pro suo, Bald. in l. 1. nu. 11. versic. Prætereà pone, C. de ordin. iudic. Paul. Castr. in l. ex quacunque 2. nu. 10. ff. si quis in ius vocat. non ierit, & in dict. l. 1. num. 9. C. de ordin. iudic. Ias. in l. ait Prætor. 7. num. 25. ff. de iure iurando, vbi ait, id procedere, etiam si exceptio ista requireret altiorem indaginem.

Et idem dicendum esse de alijs exceptionibus dilatorijs concernentibus legitimationem personæ, de quibus egi disputatione præced. quando scilicet quis agit nomine alieno, nam quando agit nomine proprio, quid sit seruandum, dixi dicta præcedenti disputatione, idem docet Baldus in l. exceptionem 19. num. 7. C. de probationibus, Abbas Panormit. in capit. Pastoralis 4. numer. 14. de except. Marcus Anton. Blanc. tract. de except. impedientibus litis ingressum, num. 36. Asinius in prax. §. 13. cap. 8. num. 2. & §. 18. cap. 1. nu. 3. & 6. & cap. 2. num. 4. & 5. & cap. 3. ex num. 1. & num. 4. Grammatic. decis. 65. num. 81. 83. & 84. Gregor. Lopez in leg. 11. tit. 3. par. 3. gloss. 1. Scraderus de feud. par. 10. in præambulis, num. 36. vbi multos allegat, Scaccia de iudicijs, lib. 1. cap. 102. num. 3. Salgado de Regia protect. part. 2. cap. 18. ex. num. 1. & num. 10. & 13. cum seqq. & per totum, Rouitus in prag. 5. num. 16. de ordine iudicior. Quod adeò verum est, vt sententia lata in causa principali, pendente, & non decisa discussione declinatoriæ sit nulla, Mastr. decis. 227. num. 3. Bellon. decis. 167. num. 2. & 3. Imò, & totus processus, Paz in prax. 1. tom. 1. par. 5. temp. num. 36. & 37. Gregor. Lop. in l. 11. tit. 3. p. 5. glos. 1. Bald. cons. 275. præmisso statuto Communis Veronæ, num. 1. vol. 5. Pacianus de probationib. capit. 58. num. 23. cum sequentibus, & num. 35. Quoniam proposita declinatoria reuocatur in dubium potestas iudicis, & donec declarauerit se competentem, videntur esse ligatæ eius manus, ne vlterius procedat vt notant Paulus Mastrillus, & Rouitus vbi suprà.

Et quamuis regulariter eò ipsò, quòd iudex procedit ad vlteriora videatur exceptiones oppositas à partibus reijcere, cap. ex part. M. 67. de appell. & ibi Bald. num. 12. Zabarel. num. 1. Panorm. num. 2. Ancharran. num. 2. Imola nu. 4. Philip. Franc. num. 4. & 5. Decius ex num. 8. ad 11. Hippolyt. de Marsil. in l. si quis ne quæstio, num. 83. ff. de quæst. Vantius de nullitatib. titul. 11. quibus modis sententia nulla defendi possint, num. 9. Ant. Gab. libr. 2. commun. tit. de exceptionibus concl. 1. ex num. 1. Scraderus vbi suprà num. 39. Menoch. de præsumption. libro 2. præsumption. 64. numero 10. Asinius in prax. §. 18. cap. 6. Pacianus dict. cap. 58. nn. 22. Felin. in cap. suborta 21. num. 4. vers. Ad idem de re iudic. Tamen hæc regula locum non habet cum proponuntur exceptiones respicientes personam iudicis, aut defectum iurisdictionis, nam debent expresè determinari, vt docet Paul. Castreus. vbi suprà, Anton. Gabriel. dict. concl. 1. numer. 3. & sequentib. vbi multos allegat, Scraderus dict. num. 39. Natta cons. 271. num. 3. Menoch. dict. præsumpt. 64. num. 2. cum sequentib. vbi adhibet quatuor declarationes, Carrocius de

excep-

exceptionem except. 22.q.8.num.3.Rouitus vbi suprà, Felin. in d.cap.suborta, ex num. 6.de re iud. Neque item locum habet regula cum opponuntur exceptiones respicientes legitimationem litigantium, vt notat *Hippolyt. de Marsil. vbi sup. num. 84. Vantius num. 10. Scraderus d. num. 39. Perez de Lara de anniuers. & capel. lib.2. cap.10. ex num. 63.* Et idem vniuersim censendum existimo, quandocumq; opponitur quælibet dilatoria, quæ si locum habeat, reddit iudicium retrò nullum, ideò enim statim est decidenda, & non in fine litis reseruanda, ne iudicium reddatur elusorium, dum iudex frustrà vlterius procedit, & reus inutilibus sumptibus vexatur, quam rationem præsensit *Gregor. in l. 5. tit. 10. par. 3. gloss. 1.* Nisi quod similes dilatoriæ opponi possunt, non solum ante litis contestationem, sed etiam in quacunque parte iudicij, imò etiam post sententiam, aut tres sententias conformes, vt notaui loquens de declinatoria fori, cum iurisdictio est improrogabilis *priore tit. disputat. 2. quæst. 7. sect. 2. num. 8 11. in fin.* cum multis, quos allegaui, & præter eos tradit *Felinus in dict. cap. exceptionem 12. num. 28.* post multos, quos refert, *& Natta consil. 271. num. 4.*

9 Censebitur autem iudex expressè determinasse super declinatoria, si causa cognita post illam propositam interloquatur verbis generalibus, non obstantibus oppositis esse procedendum ad vlteriora tametsi decreto non faciat expressam mentionem de declinatoria, dicendo, declinatoriæ non esse locum, vel remissioni petitæ, vt animaduertit *Menochius dict. præsumpt. 64. num. 5. post Felinum in dict. cap. suborta, num. 6. versic. Tertius casus, de re iudic. Anton. Butrius in cap. super literis 20. num. 37. in fin. de rescriptis, vbi Imola num. 12. Angelus cons. 200. in ciuitate Lucana num. 3. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 58. numer. 24.* atque ista forma decreti sub verbis generalibus in hoc Regno Neapolitano sepissimè est in vsu.

10 Regulariter de ista exceptione declinatoria potest cognoscere iudex, cotam quo opponitur, ad quem pertinet determinare, an sua sit iurisdictio, *l. ex quacunque 2. in princip. ff. si quis in ius vocat. non ierit, l. si quis ex aliena 5. de iudicijs, vbi glossa, & Doctores Canonistæ in cap. super literis 20. de rescriptis, vbi Panormitan. ex num. 10. Butrius ex num. 37. Imola ex num. 12. Felin. ex numer. 18. Corsetus in singularib. verb. Iurisdictio 1. sub nu. 149. Bart. in l. de iure 37. in princip. num. 1. ff. ad municipal. & de incol. Scaccia de iudicijs, lib. 1. capit. 101. nu. 26. cum sequentib. Graffis de exceptione 18. numer. 9. Afflictis decis. 354. num. 15. cum sequentib. Barbosa in dict. l. si quis ex aliena, ex num. 111. Thuscus lit. I. concl. 414. Cabedo decis. 41. 1. par. Auilès in cap. 3. Prætorum, verb. Abogados, num. 12. paulo post medium, Ponte decis. 33. Gratianus regul. 123. Marta de iurisdict. part. 2. c. 4. Valencuela cons. 52. numer. 23. cum sequentibus, & cons. 200. ex num. 53.* Apud quos videbis limitationes prædictæ regulæ, & casus, in quibus iudex non potest, an sua sit iurisdictio cognoscere.

11 Exceptio recusatoria, vt ad eam veniamus, litigat etiam manus iudicis, nè possit post eius obiectionem vlterius procedere, aut saltem non debeat. Nam an acta facta à iudice recusato sint nulla, controuersia magna est inter Doctores, vt refert *Tuscus liter. S. conclus. 913. Bobadilla lib. 3. Polit. cap. 8. ex num. 118. Scaccia de iudicijs, lib. 1. cap. 101. ex num. 16.* Probabilissima quidem sententia est nullitatis vitio laborare acta facta à iudice suspecto, & recusato solenniter, quam amplectitur *Bart. in l. qua poterat 4. num. 3. Alexand. ex num. 6. ff. ad Trebellian. Andreas Barbatia in tract. de Cardinalibus legatis à latere, q. 3. ex num. 3. & ibi num. 36.* resoluit, hanc esse veriorem opinionem *Cacheranus decis. 84. ex numer. 1. Vantius tract. de nullitatibus tit. 9. de nullitate ex defectu iurisdict. ordinariæ, ex num. 140. Adde Bobadilla lib. 2. Polit. c. p. 21. num. 159.* vbi multos allegat, *& Didacum Perez in l. 1. tit. 5. libr. 3. Ordinament. colum. mihi 955. §. Præterea, & 6. dubitatur. Azeuedum in l. 1. ex num. 8. tit. 16. libr. 4. Recopilat. Canonistas in cap. cum speciali 61. vbi Franchus ex num. 47. de appellat.* refert omnium opiniones. Et de iure ciuili antiquo, quando, & quomodo sit proponenda, & quid in ea seruandum, vide textus, & Doctores *in l. qui iurisdictioni 10. ff. de iurisdict. omn. iudic. l. apertissime 16. Authent. si verò, l. cum specialis 18. C. de iudic.* De iure Canonico, quod quoad hunc articulum in multis à Ciuili differt, vide *cap. causam, q. 17. cap. insinuante 25. cap. suspitionis 39. de offic. & potest. iud. delegat. cap. cum speciali 61. de appellation. Scacciam vbi supra dict. cap. 101. num. 22. & sequent.* De iure veteri Castellæ, *l. 22. tit. 4. par. 3. & ibi Gregor. ium,* De iure nouiori quoad recusationes iudicum inferiorū, *l. 1. & 2. titul. 16. libr. 4. Recopilat.* quæ in veteri Ordinamento erant, *l. 1. & 2. tit. 5. lib. 3.* Quoad recusationes verò iudicum Superiorum, *l. 1. & toto tit. 10. lib. 2. Recopilat.* in veteri ordinamento, *l. 3. tit. 5. lib. 3. Didacum Perez, & Azeuedum ad hæc loca, Paz in prax. 1. tom. 1. par. 10. tempore, num. 18. cum sequent. & 5. par. cap. 3. §. 12. num. 31. in fin. & 6. par. cap. 1. §. vnico, Monterroso in practica vulgari, tract. 5. fol. mihi 82. Couarru. in pract. cap. 26. Auendanum de exequend. mandat. 2. part. capit. 23.* De iure Neapolitano, quoad vsum, qui est in viridi obseruantia, integrum titulum *Pragmaticarum de suspitionibus officialium*, & ad omnes eius *Pragmaticas Rouitum*, que se satis suspitiosum ostendit, dum nimis scrupulosè sensit de suspitionibus, argumento Poetæ *Horatij libr. 1. Epistolarum epistola 19. versu 945. Laudibus arguitur vini vinosus Homerus*, quare in hac materia ab illius opinionibus cauendum est, neque enim securæ, sunt, nec Reipublicæ vtiles, *Galuppum in praxi Sacri Consilij part. 1. cap. 5. Scacciam d. cap. 101. num. 28. in fin.* Et vniuersim de recusationibus, *Marantam in prax. 4. part. distinct. 5. num. 42. & 6. part. titulo de appellat. ex num. 25. Rebuffum in Constit. Regi tom. 3. tractatu de recusationibus, Ripol. variarum resol. capit. 2. Tuscum liter. S. ex conclus. 906. vsque ad 913. & Scacciam dict. cap. 101. ex n. 31.* Causas autē iustas recusationis recensent diuersi Doctores, *Philippus Franeus in capite postremo, ex num 20. de appellat.* enumerat quadraginta causas, totidem *Maranta in dict. tit. de appellat. ex num. 28. Stephan. Aufrerius* nonaginta tres, *in tract. de recusationibus suspectorum iudicum, Caualcanus decis. 28. ex numero 114. 2. part.* refert 84. causas quasi assumpsit *Nouarius in pragm. 15. de suspitionib. Offic. collect. 6. nu. 46. Carrasco del Saz ad nouam Recopilationem, cap. 9. ex num. 96.* nonaginta, & vna causas. Vide *Farinac. in fragmentis criminalib. liter. I. ex num. 777. Thuscum lit. S. conclus. 908. Graffis de exceptionibus, exception. 24. ex num. 23. Ripol. variar. resolut. capit. 2. ex num. 161. Speculatorem lib. 1. titulo de iudice delegato. §. superest 7. per totum.* Apud quos latè, & ad satietatē omnia huc attinentia reperies.

12 Reliqua est igitur proposita difficultas circa exceptiones anomalas, que opponuntur in vim dilatoriarum, & peremptoriarum, quæ impediunt litis ingressum, vt sunt exceptio litis finitæ transactionis, de quibus *in capit. 1. de litis contestat. in 6.* & aliæ similes, quas commemorat, de iure Castellæ, *l. 1. & 11. tit. 3. part. 3. & ibi Gregorius*, quid sit agendum an statim in ipso litis initio, & ante quam procedatur ad contestationem sint determinandæ, an potius reseruandæ sint ad merita causæ, seu in tempus diffinitiua.

13 Et

13 Et resolutio communis est cum distinctione. Aut enim de istis exceptionibus constat incontinenti: cum opponuntur, vel offertur à reo earum probatio incontinenti, & hoc casu ante omnia sunt definiendæ, vt sopiatur lis, & vlterius non procedat, concesso eas allegan-ti breui termino ad eas comprobandas. Aut non constat de illis, quia requirunt altiorem indaginem, nec possunt breuiter liquidari, quia sunt intricatæ in facto, & tunc reseruandæ in tempus diffinitiuæ. hanc resolutionem probat text. in leg. nam postea 9. in princip. & ibi gloss. verb. Exceptioni, ff. de iure iurand. & ibi Bart. nu. 2. & 5. Bald. nu. 1. Angel. num. 1. Salicet. ante nu. 1. Fulgos. in l. ait Prætor 7. num. 7. Paulus num. 6. ff. eodem item text. in l. ille, à quo 13. §. si de testamento, ff. ad Trebellian. & ibi Doctores, docet idem Bart. in l. vltim. num. 3. & 4. ff. pro suo, & in l. cum quærebatur 13. num. 3. ff. iudicat. solui, Baldus in leg. postquam liti 4. num. 7. & 8. C. de pact. Marianus Socinus in capit. 1. nu. 47. de litis contestat. Alexand. in longa additione ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. iudicat. solui. Hippol. de Marsilijs singulari 365. Gregor. Lopez in l. 10. tit. 3. part. 3. gloss. 1. in fin. in l. 5. titul. 10. ead. part. gloss. 1. Molina de primogen. lib. 4. cap. 9. ex num. 39. Azeuedus in l. 1. num. 33. & 34. tit. 5. lib. 4. Recopil. Maranta in prax. p. 6. tit. de exceptione ex num. 14. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 53. & lib. 2. cent. 1. casu 19. & casu 20. num. 4. & casu 167. & cons. 125. num. 13. lib. 2. Thuscus liter. E. conclus. 379. Scraderus de feudis part. 10. in præambulis, nu. 36. Gratianus discept. forens. tom. 1. capit. 180. ex num. 1. Surdus cons. 252. ex num. 9. Valencuela consil. 68. ex numer. 52. Cancer variar. resolut. part. 3. cap. 17. num. 20. Salgado de Regia Protectione vi oppressorum, part. 2. cap. 18. ex 45. & ex num. 62. Asinius in praxi, §. 13. cap. 3. num. 6. & §. 18. cap. 3. ex num. 1. Paz in prax. 1. tomo 1. par. 7. tempore, n. 4. & 5. Muscatell. in prax. libr. 1. part. 5. glos. reseruatis ex num. 20. ad 25. Franciscus Marcus decis. 418. num. 8. 1. part. Afflictis decis. 52. & 63. & in Const. Exceptione filiationis, num. 8. & 9. Capicius decis. 10. num. 19. & 20. Franchis decis. 289. numer. 4. Marius Giurba decis. 21. Mastrillus decis. 8. ex num. 5. & 6. Triuisanus decis. 2. lib. 1. insignis Riccius amicus noster collect. 1519.

14 Amplia prædictam resolutionem, vt idem prorsus seruandum sit, quoties opponuntur exceptiones dilatoriæ tertij generis ex illis, quas supra enumerauimus, num. 2. videlicet illis, quæ respiciunt merita causæ, vt est exceptio de non petendo temporalis, aut exceptio ante diem agis, & similes. Quas quamuis sint dilatoriæ, inter anomalas enumerari à Doctoribus adnotauit Marcus Antonius Blancus tract. de except. impedientibus litis ingres. num. 118. in fine, de quibus quandocunque constiterit reus est absoluendus ab obseruatione iudicij. De duobus enim alijs dilatoriarum generibus, videlicet quę respiciunt personam iudicis, & litigantium quid sentiendum sit, & seruandum, cum opponuntur, diximus supra num. 8. Quare solum restant exceptiones dilatoriæ istius tertij generis, de quibus possint intelligi, quæ Doctores dicunt.

15 Dixi, quando exceptiones sunt intricatæ in facto esse reseruandas, nã si sunt intricatę, & dubię solũ in iure nõ esse reseruãdas sed statim decidendas interim suspenso processu causæ principalis sentiunt, Bald. in dict. leg. postquam liti 4. numer. 8. C. de pactis, & in l. ancillæ 12. nu. 2. C. de furt. & seru. corrup. Alexand. in additione ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. iudic. solui. Marianus Socinus in capit. 1. num. 25. & 26. de litis contestatione, Marcus Antonius Blancus tractatu de exceptionibus impedientibus litis ingressum num. 102. Philippus Franeus in cap. 1. num. 18. limitat. 11. de litis contestat. in 6. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 53. num. 4. & 5. Mastrillus decis. 8. ex n. 7. & n. 20 circa finem, vers. Licet in alia causa, Salgado de Regia Protectione vi oppressorum 2. part. cap. 18. ex numer. 50. Ratio est, quia super disputatione iuris non requiritur ordo iudiciarius, & vna semper debet esse apud iudicem determinatio. Confirmatur, quia lis, in qua solum de iure dubitatur, non de facto, quod certum est, & de quo partes conueniunt, expeditur nulla concessa dilatione; termino enim solum eget dubium super facto, quod in termino liquidatur iuxta doctrinam Innocentij in capit. cùm inter R. 16. nu. 3. vers. Sed dic, quòd vbicunque, de elect. quam sequuntur, & approbant Anna singulari 470. Franchis decis. 221. num. 12. Rouitus in Pragm. 7. numer. 12. de ord. cõgn. Mastrill. decis. 217. numer. 5. & 17. & 18.

16 Contrariam nihilominus sententiam, quinimò exceptionem in solo iure dubiam, intricatam, & difficilem, posse in finem litis reseruari, tanquam requirentem altiorem indaginem, amplectuntur Angelus Aretinus in §. bonæ fidei, num. 6. institut. de actionib. & in §. æquè, numer. 16. institut. de except. Bartholom. Socinus cons. 59. numer. 2. & 3. lib. 3. & in Rubr. num. 1. 2. & 3. ff. de rebus dubijs, Capicius decis. 10. numer. 19. & 20. Franchis decis. 289. numer. 4. Castillo decis. 124. num. 9. lib. 2. Mastrillus decis. 8. Surdus cons. 252. numer. 10. & 11. lib. 2. Natta consil. 151. numer. 2. Ratio est, quia dubitatio iuris æquiparatur dubitationi facti, & quamuis iuris determinatio certa sit, quod attinet ad rerum naturam, tametsi quatenus ad hominis intellectum applicatur, lex dicitur esse dubia propter varias Doctorum opiniones. tractat optimè Argelius de acquirenda possess. quæst. 2. artic. 4. per tot. notat Mastrillus decis. 217. num. 19.

17 Verum est, Menochium vbi supra, dict. quæst. 53. num. 9. & 10. satisfacere istis rationibus probabilissimè. Quapropter existimo primam sententiam veriorem de iure; verum secundam magis accomodatam ad vsum, conuenientemque iudicum ignauiæ, & socordiæ, qui decisiones dubias semper procrastinare, & differre solent, quia exosum habent studiorum laborem. Nec mirum, cùm eius laboris, & officij strenuè, & studiosè executi nullum expectent præmium, nullum fructum consequantur in hac vita, futuræ autem, vtinam simus memores.

18 Addendum item est omnes exceptiones emergentes, quæ respiciunt processum, non merita causæ, vt exceptio breuitatis dilationis, an testes sint recipiendi, vel nè, & similes, statim, & ante omnia esse decidendas, & super illis interloquendum tacitè, vel expresse, nam nisi hoc fiat, negotium principale non potest expediri. Et ideò non esse reseruandas in tempus diffinitiuæ, docet Innocentius in capit. cùm inter R. 16. numer. 3. vers. Si verò quæstiones de electione, gloss. 1. in cap. 1. & Abbas Panormitan. ibi num. 11. de ord. cognit. Bart. in l. de qua re 74. in princ. ff. de iudicijs, post glos. ibi, Paulus Castrens. in l. 1. num. 9. C. de ordin. iudiciorum, Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. part. 3. glos. 1. in fin. Asinius in praxi, §. 18. cap. 3. numer. 3. Muscatellus in prax. lib. 1. par. 5. glos. reseruatis, ex num. 31. Afflictis in constit. Si ciuiliter agens, num. 14. versic. Decimo, & vltimo nota, Tepatus in compendio variarum, tit. 115. vers. Quando quæstio, Menoch. consil. 367. ex numer. 1. lib. 4. qui alios allegat, adde eundem de arbitrar. libr. 2. centur. 2. casu 167. per totum, & Amendolam ad Franch. decis. 519. num. 2. Nattam cons. 138. num. 28. tom. 1. Paul. Castrens. cons. 281. num. 5. lib. 1. & iterum in l. qui prior 29. numer. 3. in vltima oppositione, ff. de iudicijs, Angelum ibidem, num. 2. circa finem, versiculo, Quandoque vertitur, Pattanum de probation. libr. 1, cap. 58. num. 19.

num. 19. cum sequentib. Bald. in Auth habita numer. 72. C. ne filius pro patre, & text. in cap. exhibita 19. de iudicijs, tandem Bart. in l. ait Prætor 7. in principio num. 5. ff. de minor. vbi ait, quòd etiam si iudex vlterius procedat, & non pronunciet super exceptione emergenti, iudicium non annullabitur, quod probat ex text. ibi, & in cap. ex par. 67. de appellat. Tametsi ego, vt verum fatear, non video, quomodo hæc Bartoli assertio ex prædictis textibus probetur, & contrarium videtur docere idem Bart. in l. 1. nu. 7. & 8. C. de ordine iudicior.

19 Quando verò dicantur exceptiones probari incontinenti, & quod temporis spatium significetur per hanc vocem, incontinenti, dissentiunt Doctores Nam Bart. in l. vltim. numer. 5. ff. pro suo, existimat accipiendum esse verbum, Incontinenti, in hoc casu vt dicitur in l. si is à quo 3. in princip. ff. vt in poss. legator si is, à quo (ait Vlpianus) satis petitur offerat cognitionem, & dicat, hodie constat de fideicommisso, hodie agatur, dicendum est, cessare satisdationem. Itaque qui offert se velle incontinenti probare exceptionem, sic se paratum ostendere debet, hodie constat, hodie agatur. Faciunt quæ tradit Natta cons. 152. num. 2. & cons. 153. ex num. 1. & Trinsanus dict. decis. 2. numer. 4. libr. 1. Baldus verò in l. cum specialis, vltima, numer. 1. C. de iudicijs, ait, fieri in continenti, quod fit intra triduum, iuxta textum ibi, & in l. vltim. C. de error. Aduocat. vbi notat iterum num. 2. & in l. petens 27. num. 54. C. de pact. & in l. 3. §. ibidem, num. 1. ff. ad exhibendum, & in l. 2. ante numer. 1. C. de edicto Diui Adrian. tollend. vbi non solum quod intra triduum fit, dicit fieri incontinenti, sed etiam quod intra quinque dies, quod intra decem dies, quod intra duos menses.

20 Quid significet vniuersim dictio, Incontinenti, in diuersis iuris articulis multi tractant Menochius de arbitrarijs lib. 2. centuria 1. casu 7. casu 9. 10. 11. 12. & 13. Augustinus Barbosa tractatu de dictionibus vsu frequẽtibus, dictione 155. Argelius de acquirenda possessione quæstione 2. per totam, latissimè, & ante illos Marianus Socinus in capit. 1. numero 9. versic. Glossa super, verbo, Incontinenti, de muneris petition. Et quod attinet ad præsentem articulum prædictus Argelius tangit artic. 8. & 9. ibi Imprimis censeri probatam incontinenti exceptionem, de qua constat per instrumentum productum, simul cum libello rei illam allegantis, sentit Baldus in d. l. 2. numer. 1. Pistor lib. 4. quæst. iuris, quæst. 10. num. 19. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 17. num. 8. Bernard. Pandus tract. de præsentatione, & executione instrument. 4. part. 10. declaratione, numer. 70. Colerus de processib. executiuis 4. part. cap. 2. num. 23. Maranta d. tit. de exceptione, num. 16. Natta d. consil. 152. nu. 2. & cons. 153. num. 4. An tamen hęc probatio incontinenti facta possit inturbidari ex replicatione actoris, si alleget falsitatem, vel dolum, aut metum interuenisse in confectione instrumenti, non est sine controuersia. Nam Argelius dict. quæst. 2. art. 9. ex num. 1. contendit, ex replicatione actoris posse exceptionem, ita inturbidari, & difficilem reddi, vt reijcienda sit ad merita causæ, & quamuis resoluat difficultatem sub distinctione ex numer. 335. in hanc sententiam magis inclinat, pro qua refert inter alios Vinnum decis. 409. lib. 3. & eam planè amplectitur Surdus consil. 252. ex nu. 16. Afflictis verò decis. 63. quem sequitur Muscatellus in praxi lib. 1. par. 4. glossa periurij numer. 16. contrarium affirmat decisum in S. C. quinimò probatam incontinenti per instrumentum exceptionem anomalam, non posse ex replicatione actoris inturbidari, ita vt ex eius obiectionibus videatur requirere altiorem indaginem, & ad merita causæ reseruari debeat; sed dari debere breuem terminum ad probandum super replicatione, & interim causam principalem vlterius non procedere. Vide Surdum vbi supra, qui reprobat Afflictum.

21 De iure communi sentiendum est, esse in iudicis arbitrio quoad præsentem casum, quomodo sit accipiendum verbum, Incontinenti, & ei qui offert se incontinenti probaturum allegatas exceptiones anomalas, quantum temporis sit indulgendum Ita sentit Baldus in dict. l. 2. num. 1. in fin. Felinus in d. cap. exceptionem 12. numer. 36. de exceptionibus, cum multis, quos allegat, quos sequitur Menochius de arbitrar. lib. 2. casu 19. nu. 2. casu & 20. num. 3. & latè de recuperand. possess. remedio primo, nu. 259. & ibi rem tractat relatis omnium sententiis ex numer. 253. Cremeta consil. 156. numer. 17. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, Omnia, vel partem, num. 31. columna 3. C. de reuocand. donation Barbosa vbi supra, dictione 155. num. 11. & 12. Scraderus de feudis, tomo 1. 2. part. 9. partis, sect. 11. ex num. 43. & 52. Muscatellus in praxi, lib. 1. part. 4. glos. vlteriora, numer. 4. Pistor lib. 4. quæst. iuris, quæst. 10. numer. 18. cum sequentib. Parladorius lib. 2. rerum quotid. capit. 5. num. 4. Anton. Gomez in l. 45. Tauri num. 145. & apertè videtur probari ex text. in l. 1. §. item si ita, ff. ad l. Falcid. ibi, & quod dixi incontinenti, ita accipiendum est cum aliquo spatio.

22 De iure Castellæ hoc spatium temporis, quod dicimus Incontinenti, est spatium nouem dierum, illorum videlicet eorundem, qui conceduntur reo ad respondendum primo actoris libello, numerandorum à die intimationis eiusdem libelli, seu citationis, intra quos reus tenetur allegare exceptiones dilatorias, easq; probare ante litis cõtestationem, quæ finita hac prima dilatione, præcisè facienda est, aut habetur pro facta, iuxta l. 1. tit. 4. l. 1. tit. 5. lib. 4. Rec. & sic lis, finito hoc termino manet cõtestata. Datur autem reo alius terminus viginti dierum numerandorum à lapsu prædictorum primorum nouem dierum ad allegandas omnes exceptionem sibi competẽtes, anomalas, preiudiciales, & peremptorias, post litem iam contestatam, vt sentit Gregorius in leg. 10. tit. 3. part. 3. glos. 1. in fin. Azeuedus in dict. l. 1. num. 32. & 33. tit. 5. lib. 4. Recopilat. Hoc tamen limitandum credit Gregorius, quando exceptione impedientes litis ingressum non constat incontinenti, aut offertur eorum probatio incontinenti, idest, intra illos primos nouem dies, alioqui si de ipsis incontinenti constaret, impediendam esse litis contestationem, & vlterius non procedendum, sit concordans prædictam, l. 10. tit. 3. cum l. 5. tit. 10. eadem partita 3. quæ sine ista conciliatione sibi apertè repugnarent. Quam eadem concordiam amplectuntur Molina de primogenijs lib. 4. cap. 9. ex num. 39. ad 42. Azeued. in d. l. 1. num. 33. 34. & 46. tit. 5. lib. 4. Recopilat. & Villalobos ad Olanum in concordia antinomiarum iuris communis, & Regij, lit. E. numer. 16. Ex qua manifestè infertur, illam l. 1. tit. 5. lib. 4. Recopilat. quatenus comprehendit exceptiones præiudiciales, & anomales, loqui de illis, quæ requirunt altiorem indaginem solum, non de illis, quæ in promptu constant, quæ possunt allegari, & probari in termino illorum primorum nouem dierum ante litis contestationem, quemadmodum, & declinatoria, probatæque impedient processum ad vlteriora.

23 Et quoniam meminit illa lex de exceptionibus præiudicialibus, quas in totata hac disputatione non commemorauimus, sciendum est, illas contineri in genere dilatoriarum, & quæ nam illæ sint, curque sic vocentur, vide Marantam in praxi parte 4. distinctione 20. ex num. 1. Azeuedum in dict. l. 1. tit. 5. libr. 4. Recopilat. num. 45. Didacum Perez in l. 1. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti gloss. 1. colum. 1007. §.

præiu-

praiudiciales Animaduertit tamen *Maranta dict. distinct. 20 num. 29. et Muscatellus in praxi, lib. 1. part. 4. glos. et si milia nu. 12.* exceptiones praeiudiciales in Regno Neapolitano esse sublatas per *Constit. Si similiter agens*, vt ibidem notauit *Afflictis ex numer. 7. versiculo, Sexto nota*, et *Aloisius de Leo in l. 1. ex numer. 5. C. de ordin. iudicior.* Verùm (vt eo redeamus, à quo digressi sumus) *Author additionum ad Molinam de primogenijs libr. 4. capit. 9. ad num. 40. vsque ad 43.* agens de recentiori practica Regni Castellae, subiungit. *Hodie verò similes exceptiones dilatoriae, quae litis ingressum impediunt, de stilo cum causa principali terminantur, et vsque ad illud tempus reseruantur, quamuis praedictae exceptiones in promptu sint, et liquidae, et ita in praxi sapius receptum Vidimus. Aliquando verò si exceptio dilatoria, quae impedit litis ingressum magni ponderis, est, de eaque liquet apertè, solet prius de ea cognosci, prout in exceptione transactionis rerum maioratus, et in exceptione rei iudicatae fuisse obtentum testamur.* Hucusque additio. Quae vt obuiter id notemus, impropriè loquitur, & deniat à terminis Iurisconsultorum, dum exceptiones anomalas, dilatorias vocat, scilicet exceptionem transactionis, & rei iudicatae. Aliud enim est opponi posse in vim dilatariarum, aliud esse dilatorias, istas enim exceptiones potius inter peremptorias, quàm inter dilatorias enumerant Doctores. Ego non recederem à sententia Gregorij, & Molinae, quae consonat cum iure communi, & practicorum communi opinione, & doctrina.

24 De iure verò Neapolitano, *Maranta in praxi, par. 6. titulo de exception. numer. 16.* quem sequitur *Muscatellus in praxi lib. 1. par. 4. glos. vlteriora, num. 5.* sentit verbum *Incontinenti*, quoad praesentem articulum, in Regno Neapolitano accipi debere pro termino quinque dierum, quem *Pragmat comparente 5. de ordine iudiciorum*, statuit, dum decernit, exceptiones impedientes litis ingressum proponi debere intra tres dies numerādos ab intimatione libelli actoris: probandas verò esse intra quinque dies immediatè sequentes, alias intelligi ad merita causae reseruatas. Verum est, eundem *Muscatellum* tàm *vbi supra*, quàm *in glossa termimini sequenti, num. 3.* animaduertisse, dictam *Pragmaticam comparente 5.* quoad terminum opponendi exceptiones impedientes litis ingressum: non seruari in practica, sed vsum conformasse se iuri communi. Sed *Rouitus in eadem pragmat. num. 11.* significat, non solum seruari, sed impositam esse poenam Aduocatis, nisi illam seruauerint. Quoad terminum verò quinque dierum assignatorum à dicta pragmatica pro probatione praedictarum exceptionum, quomodo sit intelligenda, & practicanda, docet *Afflictis in Const. Exceptione filationis in princip.*

25 Quando autem, & quae exceptiones requirant altiorem indaginem, verius est iudici esse arbitrarium, vt sentiunt *Romanus consilio 244. num. 6. in fine, Bartholomaeus Socinus consil. 59. num. 2. volum. 3. Felinus in cap. cum contingat. 36. numer. 18. vers. 2. fallit de offic. & potest. iud. delegat. Rebuffus in Constitut. Galliae tom. 3. tit. de materijs possessorys, artic. 7. glossa vnic. nu. 15. Afinius in prax. iudicior. §. 18. cap. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 20. num. 3. Salgado de Regia Protectione 2. parte capit. 18. numer. 47. & 48. 64. & 65. Paz de tenuta capit. 38. nu. 26. Rota diuersorum, decis. 619. num. 2. 1. part. Castill. decis. 124. num. 10. lib. 2.* Etenim cùm in hac re nulla sit iuris expressa determinatio, iudicis arbitrio relinquatur, necesse est.

26 Quomodo verò sit opponenda exceptio anomala, quando obijcitur tanquam dilatoria, quomodo tanquam peremptoria, & ex quibus verbis cognoscatur vno, vel alio modo opposita? *Bart. in leg. vltima, ff. pro suo* ait, si opponatur exceptio anomala (& loquitur de praescriptione) ad processum, vt si dicat reus, actorem non esse audiendum, vel agere non posse, vel litem contestandam non esse, quia actor caret actione, tunc opponitur in vim dilatoriae. Si verò opponatur ad iustitiam causae, vt si dicat reus, actorem ius non habere, vel se absolui debere, quia soluit, vel praescripsit, vel quia actio est perempta, tunc opponitur in vim peremptoriae, *Maranta in praxi part. 6. dict. tit. de exception. num. 13. post Baldum, & Alexand.* dicit, cùm istae exceptiones opponuntur ante litis contestationem, opponi in vim dilatoriam; cùm verò post litis contestationem, opponi tanquam peremptorias, idem dixit *Paz in prax. 1. tom. 1. parte septimo tempor. n. 3. & 4. Muscat. in prax. lib. 1. p. 4. gl. vlter. n. 7. et 8.* displicet vterque modo declarādi, & ait, exceptiones anomalas quādocunque oppositas, si sint clarae, & liquidae videri oppositas in vim dilatoriam; si verò requirant altiorem indaginem in vim perēptoriam. Sed hic explicandi modus non placet, quia aliud est, quod inter litigator aliud quod iudex pronuntiat, neque semper hoc est vnum, & idem. Quamuis ergo iudex, tunc admittat exceptionem anomalam in vim dilatoriae, cum de illa clarè constat in initio litis, tunc in vim peremptoriae, cùm requirit altiorem indaginem, non idem sentiendum erit, cùm reus eam proponit, qui fortassis tunc illam obijciet in vim dilatoriam, cùm requirit altiorem indaginem, etiam si non obtineat quod intendit. Deinde quoniam exceptio anomala proposita post litis contestationem, non videtur opponi in vim dilatoriae, cùm non possit litis contestationem iam factam, & ingressum litis impedire. Ego existimo, cautiorem esse praxim modernam, qua vtitur *Paz d. 7. temp. num. 6.* in forma libelli, quo reus obijcit exceptiones anomalas, vt videlicet reus in eodem libello expresse dicat, se obijcere exceptiones in vim dilatoriarum, vel peremptoriarum, prout melius de iure locum habuerit, ad impediendum etiam litis ingressum, & progressum. Quomodo oppositis, non poterit dubitari, an in vim dilatoriarum, an in vim peremptoriarum fuerint obiectae.

27 Illud videtur notatione dignum, inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis acceptilationis, praescriptionis, tua non interest, & si quae sunt aliae, quae significant, actionem actori non competere, vel sine actione agere vel, quod idem est, peremptam actione agere. Nam sine actione nemo permittendus est experiri in iudicio, & reum vexare *l. si pilli 6. §. Videamus, vbi glossa verb. Non habuerit, ff. de negot. gest. l. si quid 34. §. illud, ff. de petit. hared. l. quoties 10. §. item si temporali, ff. de administ. tut. l. tutores, qui 40. ff. eodem. gloss. in cap. constitutis 57. verb. Quocirca, de elect.* & tetigi supra, *disp. praeced. n. 27.* De exceptione praescriptionis sentit, *Bar. in l. vltim. num. 3. ff. pro suo, Afflict. decis. 52. Padilla in l. fratris 10. num. 4. C. de transact. Trentacinq. variar. resolut. lib. 2. tit. de exception. resolut. 3.* De exceptione solutionis, acceptilationis, & de qualibet alia, per quam concluditur, actori actionem non competere, idem *Bart. in leg. cùm querebatur 13. num. 3. ff. iudicat. solui. Marcus Anton. Blancus tractat. de exceptionibus impedientibus litis ingressum* (quem inseruit *in tract. de compromissis*) *num. 49. et 50. et sub tit. 4. ex actionis defectu, ex num. 91. Surd. cons. 252. num. 1. et 4. lib. 2.*

28 Illud deinde oportet adnotare, *Afflict. in Const. Exceptione filiationis, num. 8.* quem sequitur *Muscatellus in praxi, lib. 1. part. 5. glos. reseruatis, num. 27. et 28.* animaduertisse, versari discrimen inter duas formas pronunciandi super

refer-

reseruatione exceptionum. Nam aliud est reseruare exceptiones ad merita causæ, vel processus: aliud reseruare ad finem iudicij, seu ad tempus ferendæ sententiæ diffinitiuæ. Nam pronuntiatio facta primo modo cum habet effectum, vt facta publicatione in causa, primus actus, qui debet expediri parte petente est, verum exceptiones reseruatæ obstent. Quandò verò reseruantur in finem causæ, seu tempus sententiæ, tunc examinantur in fine causę prædictæ exceptiones, & si constiterit eo tempore exceptiones obstare, totus processus reditur nullus. Nam, vt rectè docet *Baldus cons. 96. decreto cauetur, numero 4. volum. 1.* reseruare exceptiones non est aliud, nisi reseruare effectum ipsarum, *leg. si fideiussor 7. in principio, ff. qui satisdare cogant.* Effectus autem earum erant impedire litis contestationem, & processum causę, vnde cùm ex post facto appareat, litem non debuisse contestari, neque in causa procedi, per consequens constat, quidquid factum est, non esse ritè, & rectè factum, quia contestatio non ritè facta pro nulla habetur, *Auth. offeratur, in fin. C. de litis contestat.* & quivis actus non ritè factus, censetur non factus, *l. quoties vitiosè 6. ff. qui satisdare cogant.* Idem docent *Bart. in l. ille, à quo 13. §. si de testamento num. 5. Angel. num. 2. ff. ad Trebell. Iason in §. Præterea, num. 58. instit. de action.* vbi alios allegat, *Maranta in prax. part. 6. d. tit. de exceptione, num. 15. Giurba decisio. 21. num. 5.* qui limitat *num. 7. Triuisanus decis. 2. num. 7. & 8. lib. 1. Salgado de Regia Protect. par. 2. cap. 18. num. 59. & 66. Muscat. in prax. lib. 1. part. 5. gloss. reseruatis, num. 26.*

29 Sed occurrit difficultas, an reseruatis prædictis exceptionibus in tempus sententiæ, debeat iudex in sententia de illis facere mentionem, aut ante sententiam super illis specificè interloqui, & an earum omissio vitiet sententiam? Respondendum est cum distinctione, nam aut reus instat decidi exceptiones reseruatas, aut non instat. Primò casu sententia lata, non decisis exceptionibus reseruatis erit nulla Secundo verò casu erit valida, sic resoluit *Triuisanus decis. 2. num. 8. cum sequentibus, lib. 1. Giurba dict. decis. 21. num. 9. & 12. cum sequentibus, Salgado de Regia Protectione, vi oppressorum 2. par. cap. 18. ex numer. 61.* Quoad primum casum resolutio videtur probari, ex *l. de qua re 74. in principio, ff. de iudicijs* Certè isti Doctores non probant, sed quasi certam degluciunt. Quoad secundum casum resolutio ex eo probatur, quia reus dum patitur. Iudicem ad sententiam procedere, & non instat decidi exceptionem reseruatam, videtur illi renunciasse, iuxta tradita à *Decio in l. res iudicata 208. nu. 4. ff. de regulis iuris, Crauetta consil. 140. num. 4. Assinio in praxi, §. 19. capit. 5. limitat. 12. Montero decis. 12. num. 56. Cancer Variarum resolut. part. 1. capit. 20. ex num. 20. & 21. & part. 3. cap. 17. nu. 23. Gonzal. in regul. 8. Cancell. gloss. 66. ex nu. 38. Cæsari Barzio decis. 154. ex num. 8.* Nam omnia, quæ in iure disponuntur in fauorem alicuius, intelligenda sunt habere locum parte petente, & opponente, non secus dixi cum multis *priore titulo disputat. 2. quæst. 7. sect. 1. numer. 797.* & pręter eos tradunt *Rodericus Suarez in l. quonam in prioribus, ampliatione 10. n. 2. C. de inofficioso testamento, Franchis 487. num. 9.* qui multos allegat.

30 Ego multum dubito de resolutione primi casus, quinimo crederem, validam esse iudicis sententiam, qui specifice non pronuntiauerit super exceptione reseruata, etiam si pars petierit, & instet pro specifica determinatione, sed solum causam determinauerit prolata diffinitiua sententia super principali negotio. Quæ videtur esse sententia *Muscatelli in praxi libr. 1. 5. part. dicta glossa reseruatis, num. 42.* imò vero & *Bartoli in leg. 1. numer. 6. 7. & 8. C. de ordin. iudicior. & in l. à procedente, num. 3. 4. & 5. C. de dilation. Baldi in dict. l. 1. ex num. 11. Pauli ibidem num. 8. & 9. & Angeli in l. quoniam, numer. 1. versic. Attende tamen, C. ad l. Iul. de adulter. Menochij de arbitrar. libr. 2. centur. 2. cas. 167. ex num. 4.* Et ratio est, quoniam dum iudex pronuntiat super principali, non est necessarium commemorare expresè exceptionem oppositam, illam reprobando per ipsam sententiam, vt illam videatur reiecisse, sed sat est pronuntiare super principali, nam sic etiam censetur tacitè pronuntiasse super exceptione, dummodo de illa planè cognouerit, & tunc ex sententia oritur exceptio rei iudicatæ aduersus prædictam exceptionem, vt multis confirmat, & probat *Gratianus disceptat. foren. tom. 3. cap. 945. ex num. 13. Pacianus de probationibus libro 1. cap. 58. ex num. 63. Farinac. in praxi quæstione 100. cap. 2. num. 89. & 90. Afflictis in Constit. Si ciuiliter agens, num. 11.* vbi limitat *Rubric. 20. lib. 2.* Et de isto articulo, an sententia lata in principali præiudicet incidenti, vide *Angel. Aretin. in §. præiudiciales, num. 1. instit. de action. Iasonem ibi, numer. 26.* Cùm igitur iudex tacitè videatur pronuntiasse, processus non vitiabitur, vt docuit *Bart. in dict. l. à procedente, num. 4. & in dict. l. 1. nu. 8.* vbi expresè loquutus de exceptione transactionis rei iudicatæ, & iuris iurandi, & ait, si opponantur in vim dilatoriam, & tanquam emergentes, esse de illis pronuntiandum, si verò in vim peremptoriam, & tanquam incidentes; satis esse pronuntiare super principali, proponens verò quæstionem, an omissio pronuntiationis super emergenti exceptione vitiet processum, remittit se ad dicta in prædicta, *l. à procedente,* vbi modo diximus, docet, non vitiare processum prædictam omissionem, cùm iudex, qui de exceptione emergente cognouerit, per processum ad vlteriora videatur tacitè super illa pronunciare, eam reijciendo. Idem docet *Baldus in l. cum ciuilis 3. numer. 2. Cod. de ordin. iudicior. & Paul. de Castro in l. qui prior 29. num. 3. in vltima oppositione, ff. de iudicijs.* A qua regula *Paul. de Castro in d. l. 1. num. 8. & 9.* solum excipit exceptionem dilatoriam in competentiæ iudicis, super qua dicit expresè pronuntiandum, vt latius diximus *hac eadem disputat. numer. 8.* & vide quæ dicemus *tit. 3. sequenti, disputat. 17. numer. 8.*

SVMMA DISPVTATIONIS Sextæ.

1 *Distinguuntur tres diuersi casus.*
2 *Non potest quis simul agere actione ciuili, & criminali, sed quando vtraque eidem competunt debet eligere, qua agat.*
3 *Finito iudicio ciuili potest actor intentare criminale.*
4 *Quando actor agit ciuiliter, & reus accusat, supersedendum est in iudicio ciuili, & tractandum de criminali.*
5 *Huius regulæ nouem ampliationes, remissiuè.*
6 *In causa præiudiciali prius est procedendum.*
7 *Quid sit, causam esse præiudicialem alteri.*
8 *Causa præiudicialis est quando tractatur de statu personæ.*
9 *Causa ciuilis præiudicialis facit silere criminalem.*
10 *Causa maior facit supersedere in minori.*
11 *Quando possit accusatus recusare, remissiuè.*
12 *Reo accusato de diuersis criminibus maiori, & minori, ob maiorem accusationem non supersedetur in minori.*
13 *Si reus accuset actorem ciuilem de falsitate instrumenti, supersedetur in causa ciuili, donec de criminali cognoscatur.*

nem, quod mandatum in rem propriam, & eosdem prorsus habere effectus *Bartolus* verò in eadem *leg. 1. numer. 7. & 22. C. de actionibus, & obligationib. & ibidem Cynus num. 4. Anton. Faber. lib. 8. Codic. titul. 29. definitione 1. Maranta in repetit. leg. si actor. numero 29. & 35. ff. de procurator. post suam prax im. & idem Baldus in leg. certi, & indubitati, num. 5. & 6. C. de hared. vel actor. vend. & ad Speculatorem lib. 2. tit. de cessione action. in fin. Sicardus in l. 3. num 5. C. de nouat. & delegat.* sentiunt diuersum quid esse cedere actionem & facere mandatum in rem propriam. Quoniam cessio fit translatio actionum vtilium non translato exercitio directarum, quas ideò non poterit cessionarius exercere nomine cedentis sine mandato in rem propriam, sed solùm poterit suo nomine exercere actiones vtiles in se per cessionem translatas. At qui habet mandatum in rem propriam non habita cessione, solùm poterit nomine cedentis exercere actiones directas, quarum exercitium mandatum in rem propriam in ipsum transtulit, non verò vtiles, quas per cessionem non acquisiuit.

16 Ego (vt ingenuè dicam quod sentio) facilè assentior *Bartolo* quoad primam partem, vt qui cessionem obtinuit sine mandato in rem propriam exerceat solùm actiones vtiles, & non possit directas. Secundam verò partem, vt qui habet mãdatum in rem propriam, solum possit exercere directas, non vtiles, difficulter mihi persuadeo. Nã in quo differret procurator ordinarius, à procuratore in rem propriam? aut quid erit in rem propriam agere, si procurator nihil habet proprium, & ad se pertinens? Consequens est igitur, per mandatum in rem propriam aliquid transferri in mandatarium, quod illius proprium fit: quod aliud esse non potest, quàm actio vtilis. Itaq; (iudicio meo) sic res habebit, vt mandatum in rem propriã includat cessionem, & transferat nõ solùm exercitium directarum actionum, sed etiam actiones vtiles; at cessio solùm transferat actiones vtiles, non exercitium directarum. Primum videtur apertè probari *in leg. 1. C. de act. & obligat. in l. procuratore 55. ff. de procu. leg. qui stipendia 9. C. eodem titul.* Secundum *in leg. vltim. Codic. quando Fiscus, vel priuatus debitoris sui debitores conuenl. possit, vel debeat.* Quamuis sciam glossas varijs modis loqui. Quoad vsum hæc quæstio nullius vtilitatis est, nam vt rectè animaduertunt *Bartol. in d. l. 1. nu. 10. & Fulgos. nu. 9.* notarij in omni instrumento cessionis dicunt, *Mandauit, cessit, & tradidit, & transtulit,* vt omnia complectantur, & istam dubitationem excludant.

17 Limita primò eandem primi casus resolutionem, vt non procedat cum actor in primo libello, quem producit, facit mentionem instrumenti cessionis, donationis, testamenti, aut cuiusuis alterius: tunc enim etiam ante litis contestationem reo petente compelletur ostendere, & edere instrumentum, de quo in libello mentionem fecit, vt possit reus deliberare, an debeat cedere, vel contendere. & ab hac editione nullo alio modo excusabitur nisi iuramento adhibito asserat, se non posse instrumentum exhibere, quia illud apud se non habeat. Hãc limitationẽ tradit *Innocentius in capit. 1. numero 3. in fin. de probationibus,* quem ibi sequuntur *Hostiensis numer. 6. Butrius num. 16. Zabarella num. 7. Panormitanus num. 26. Imola num. 11. Ioann. Andreas num. 4. Ancharranus nu. 4. Aretinus nu. 56. 57. & 63. Felinus n. 26. Decius n. 158. & ex n. 306. & 307. Speculator. libr. 2. titul. de instrumentorum editione, §. Nunc dicamus 5. numer. 5. Bartol. in l. edita 3. numer. 29. C. de edendo, in l. si legatum 2. ff. eod. tit. in l. postquam 5. §. Si dies nu. 1. ff. vt legat. seu fideicomm. nom. caue. Baldus in l. qui stipendia 9. numer. 6. Codic. de procurat. Angelus Aretinus in. §. præterea, numer. 45. Instit. de exceptionib. Rota decis. 2. de probat. omnib. in nouis Guido Papę decis. 116. Lanfrancus Balbus decis. 45. additio ad Capellam Tholosanam decision. 295. numer. 1. Menadous decis. 40.*

18 Sublimita tamen, & declara hanc limitationem ex mente *Bal. in l. edita, 3. num. 109. 110. C. de edendo.* & fere omnium, prædictorum vt procedat, cùm, in libello fit mentio instrumenti limitatiuè, non verò si mentio fiat assertiuè. Dicitur fieri mentio instrumenti in libello limitatiuè, cùm libellus se refert ad instrumentum non satis declarato facto, neque expressa penitùs narratione, quasi oporteret ad instruendum plenè reum de intentione actoris. Verbi gratia, si diceretur, Titius vendidit mihi fundum, prout constat ex instrumento manu talis notarij: tunc enim fit relatio ad instrumentum limitatiuè. Dicitur autem fieri mentio assertiuè, cum proposita narratione libelli clara, & aperta; subiungitur, & de hoc facto factũ est instrumentũ manu talis notarij. Primò casu debet instante reo produci instrumentum, de quo fit mentio in libello, statim etiam ante litis contestationem. Secundo non debet fieri productio; sed sat erit, producere instrumentum ante sententiam.

19 Non multum abest ab hac declaratio *Bartoli in dict. l. edita, numer. 29.* qui sic distinguit; *Quandoque libello fit mentio de aliquo instrumento non per modum limitationis, sed per modum cuiusdam assertæ probationis: verbi gratia; dicit actor, quod Titius vẽdidit mihi talem rem pro tanto pretio, & quod de hoc rogatus est talis notarius, vel quod de hoc apparet per publicum instrumentum talis notarij, tunc reus potest esse certus ex ipso libello. Non enim fit mentio instrumenti, vt limitet contenta seu narrata in libello, sed dicit actor, qualiter narrata probare potest. Si verò fieret mentio de instrumento limitatiuè, verbi gratia, dico, quod Titius vendidit mihi fundum pro tanto pretio, prout apparet manu talis notarij, quæ dictio, prout, est limitatiua vt hic vides, tunc aduerte, aut reus non debet esse instructus ex illo instrumento, de quo fit mentio in libello, quia ad eum non pertinet, & tunc debet ei fieri copia instrumenti antè litem contestatam, quia aliàs deliberare non potest, ita loquitur dictum Innocentij. Si verò est aliquod instrumentum, exemplum, legatarius petit ab hærede legatum prout continetur in tali testamento, certè quia apud hæredem debet esse testamentum, non debebit fieri copia, & istud probatur expressè ff. eod. l. 2.* Hæc Bartolus.

20 Certè solemnis ista limitatio videtur reducta ad vanam verborum formulam, & regula imposita esse verbis, non rebus, contrà *text. in leg. 6. Codic. commun. de legat.* vt adnotauit quoque *Ranchinus ad Guidonem Papa dict. decision. 116.* Ego spectato iure communi dicerem, quoties reus indiguerit instrumento, de quo fit mentio in libello actoris, vt possit deliberare, an velit cedere, vel cõtendere, siuè fiat mentio limitatiuè, siuè assertiuè, semper esse dandam copiam, edendumque instrumentum, etiam ante litis contestationem, nisi iuraret actor, instrumentum non esse apud se. Quoties verò ad deliberandum, an debeat reus litem prosequi, aut liti cedere, non est opus instrumento, cuius in libello mentio fit cum ex narratione clara, & aperta possit esse certus de facto, quouis modo fiat mentio, siue per verba limitatiua, siue assertiua, non esse edendum instrumentum antè litis contestationem: sed sat erit, instrumentum produci ante sententiam ad probandam intentionẽ actoris. Hæc reso-

lutio

lutio planè colligitur ex communi hac in re Doctorum traditione, ita vt dubitari non possit, quin sit communis omnium mens. Nulla enim alia ratione mouêtur ad asserendum, editionem instrumenti faciendam esse ante litis contestationem, nisi quia videatur esse necessaria, vt reus possit deliberare, an debeat cedere, vel contendere; quare illa cessante non erit opus editione. In qua sententia videtur esse *Muscatellus in prax. lib. 1. part. 3. gloss. mentionatorum, nu. 4. cum sequent.* Quando verò editio instrumenti sit, vel non sit necessaria ad hunc effectum, erit in arbitrio iudicis: qui diligenter attendat, vt malitijs vtriusque tam actoris, quàm rei obviam eat, ne malitijs sit indulgendum, iuxta præceptum Iurisconsulti in *leg. in fundo 39. §. Censuimus, ff. de rei vindic.* De iure Castellæ ad obviandum istis calumnijs, statutũ est, vt siue actor, siue reus velit se iuuare scripturis ad comprobandam suam intentionem, illas producat simul cum libello, vt possit eas videre aduersarius, cui statim debet dari earum copia. Ita statuit *l. 1. tit. 2. l. 1. 2. & 3. tit. 5. lib. 4. Recop.* & ad eas notant Scribêtes, & iuxta eas intelligi debet *Guzman de euiction. quæst. 35. num. 141.* generaliter, & indistinctè loquutus.

21 Limita secundò eiusdem primi casus resolutionem, vt procedat solùm in causis ordinarijs: secus tamen in executiuis, in quibus ab initio, & antè omnia debent produci instrumenta omnia, quorum virtute quis vult executionem obtinere, & iudex non debet, nec potest expedire mandatum executiuum, nisi productis, & visis instrumentis habentibus executionem paratam, quibus constet, petenti executionem competere viam executiuam. Nam etiam si quis agat nomine proprio, debet iustificare viam executiuam, nõ solum ex parte sua, sed etiam ex parte rei. Verbi gratia; si agat contra hęredem, ostendere illum esse hæredem, si agat contra fideiussorem, ostendere illum esse fideiussorem, & sic de alijs. Ita sentit *Baldus in l. Bebius Marcellus 30. in lectura antiqua, num. 2. ff. de pactis, dotalib. & in l. per diuersas 22. num. 21. & 22. C. mandati, & in leg. non ignor. 9. numer. 1. C. de ijs qui accus. non poss. Hippolyt. de Marsil. singul. 26. Boerius decis. 10. Auendañus ad l. 4. & 5. titul. de las exceptiones num. 20. Gaspar. Roder. de annuis redditib. lib. 2. quæst. 17. num. 34. à princ. & versic. Hæc tamen distinctio, Parlador. libr. 2. rer. quotid. cap. final. 4. par. §. 1. ex num. 1. & 5. par. §. 2. à princ. Roland. à Valle cons. 20. vol. 1. Brunorus à Sole quæst. l. quæst. 11. Roderic. Suarez in l. post rem iudicatam, ff. de re iudicat. in declar. legis Regni, ampliat. 1. num. 2. & per tot. Asinius tract. de executionibus §. 2. cap. 6. num. 3. Colerus de processib. executiu. par. 3. cap. 1. ex num. 17. & ex num. 21. & 28. Giurba decis. 10. & decis. 17. ex num. 9.* Et de iure Castellæ probat hanc limitationẽ *tex. in l. 35. tit. 4. lib. 3. & in l. 2. & 19. tit. 21. lib. 4. noua Recop.* Ratio est, quam reddit *Baldus vbi suprà in dict. l. per diuersas.* Nam in via executiua initium sumitur à captura bonorum, & personæ rei, quæ continet damnum, & iniuriam si iniustè fieret, vt rectè notauit *Asinius vbi suprà dict. §. 2. cap. 15.* Quare ab initio via executiua debet iustificari, facit, *Paulus Castrensis consil. 311. par. Milanensis decis. 3. libr. 2. Iosephus Ludouicus decis. Perusin. 40.* Secus est in via ordinaria, in qua durante iudicio, & ante sententiam reo nullum damnum infertur.

22 Limita tertiò, vt eadem resolutio non procedat, si specialis aliqua qualitas requiratur à lege, vel statuto, vt quis admittatur ad iudicium: nam tũc quantumuis agat nomine proprio, in initio iudicij, & ante litem contestatam, debet ostendere in esse sibi illam qualitatem, & esse se talem, qualem dicit, & qualem requirit lex, vel statutum, vt possit agere, & iudicium ingredi. Hanc limitationem probat expresè *text. in leg. non ignorat. 9. C. de ijs qui accus. non poss.* vbi mater, quæ vult vltionem mortis filij sui persequi, quantumuis agat nomine proprio, non admittitur ad accusationem, nisi prius matrem se esse probauerit. Et ex illo textu colligunt Doctores vnanimiter, quemcuuque qui vult admitti, vt talis debere probare se esse talem. Notat *Lucas de Penna in l. 2. numer. 24. C. de delator. lib. 10. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præs. 32. Brunorus à Sole, quæst. legal. quæst. 11. ex num. 10. & num. 15. & 16.* qui refert plurimos, meminit *Carauita ad Ritum 191. n. 7. Peregrinus de fideicomiss. artic. 43. num. 60.* Quæ propositio sic vniuersaliter sumpta planè destrueret Doctrinam supra traditam, videlicet, eum, qui agit nomine proprio non adstringi ante litis contestationem ad probandum, se esse talem, qualem asserit in libello, videlicet hæredem, donatarium, cessionarium. Quare propositio illa vniuersalis restringenda est ad terminos huius limitationis, cum videlicet lex, vel statutum requirit aliquam qualitatem, vt aliquem admittat ad iudicium, & sic procedit casus *in d. leg. non ignorat.* nam mulier non poterat accusare, nisi suam, vel suorum iniuriam prosequeretur, *leg. qui accusare 8. leg. hi tamen 11. ff. de accusation. leg. Senatusconsulto 5. leg. de crimine 12. C. de ijs qui accusar. non poss.* Cum igitur sit exclusa à lege, vt sibi pateat accusandi via, oportet, vt ostendat in ipso limine, & antè quam iudicium vlterius procedat, licere sibi accusationem prosequi. Sic *Baldus* qui nihil ignorauit, *in dict. leg. non ignorat, num. 1. & 2.* animaduertit, esse duplicem qualitatem aliam, quæ est causa introducendæ petitionis in iudicio, aliam quæ est causa pronunciationis diffinitiuæ. Primam qualitatem docet, debere probari, antè litem contestatam, & antè quam iudicium vlteriùs procedat, vt *in dict. leg. non ignorat,* idem, ait seruandum esse, quoties qualitas est causa excludendi aliquem à limine iudicij, nam in ipso limine iudicij probari debet, qualitatem non adesse, quod confirmat ex *text. in l. quoniã Alexandrum, C. ad l. Iul. de adult.* Secundam verò qualitatem probari debere literam contestatam, & ante diffinitiuam,

23 Sublimita primò pręcedentem tertiam limitationem, vt tunc procedat, cùm reus excipit, nõ inesse actori qualitatem requisitam ad introductionem iudicij: secus erit, si reus nihil opponat, nam tunc potest iudicium vlterius procedere. Ita sentit planè *Baldus d. l. non ignorat, numer. 2.* dum addit illa verba: *Si aduersarius negat,* quem sequitur ibidem *Salicet. numer. 2. glossa in Constitutione, Exceptione filiationis, verb. Exceptione, & ibi Andreas de Isernia, verb. Exceptionem, in princip. & in fin. Carauita ad ritum 191. numer. 7.* insinuat, *Afflict. in ead. Const. Exceptione, numero secundo,* sentit *Iafred. Lanfranc. Balbus decision. 513.*

24 Verum est, *Iserniam* eodem loco *in versic. Putamus,* dicere, posse iudicem ex officio suo repellere ab accusando mulierem, quam, iura uolunt non recipi, nisi suam, vel suorum iniuriam prosequatur, etiamsi aduersarius non excipiat, supplendo deffectum aduocati, vel litigantis, iuxta *Rubr. & l. 7. C. vt quæ desunt Aduocat. iud. supple.* Nam ita fieri debere, probat *tex. in leg. quos prohibet 7. ff. de postul.* notat *Panorm.* loquens generaliter de illegitimo accusatore *in cap. 1. nu. 13. de accus. Specul. lib. 1. tit. 1. de officio omnium iudicum, §. impedit. 4. n. 3.* Quoniam vigant rationes, ob quas ius, illam, statuit, repelli: scilicet ne Conuentui virorum irreuerenter se ingerat. *l. maritus 21. C. de procurat. l. optimam 14. §. Cùm itaque, C.*

de contrah.& commit.stipulat.& propter honorem, & authoritatem Tribunalis, quam iudex ingenio suo debet augere, *l.obseruandum 19.ff. de offic. Præsid.* oportet itaque, ne mulieres intersint iudicijs nisi propter suam, vel suorum iniuriam. Subiungit tamen regulariter iudicem non teneri supplere de facto, non enim tenetur.*leg. non quidquid 40.ff.de iudicijs.l.1.C.quomodo, & quando iudex, Alex.in l.1.nu.6. C. vt quæ desunt Aduocatis*, tractat *Speculator.lib.2.tit.de disputationibus, & allegation.§. Satis clare 6.num.14.& ad eum Bald.ibi, addition.vlt.* Ego existimo sic distinguendum.

25 Aut est notorium,qualitatem exclusiuam inesse actori,vt cùm accusat mulier, quem esse mulierem,est notorium,& tunc iudex ex officio debet excludere actorem, nisi probet se posse admitti, iuxta doctrinam *Andreæ de Isernia*,quam confirmant tradita a *Felin.in cap.exceptionem 12.num.6.circa fin.de except.& ibid. Panorm. num.7. vbi additio*. Aut est dubium, an insit actori qualitas exclusiua, vt si quis accusaret tanquam frater, vel tanquã hæres,stante statuto,quod quis non possit accusare,nisi prosequendo suam, vel suorum iniuriam, aut proprium interesse,vt est in Regno Neapolitano *Rit.191.& 192.* ad quos notat *Carau.& Maranta in prax.6.p.tit.de inquis. nu.59.* meminit *Afflict. in const.præsenti lege.num.2.lib.1. Rub.51.Franch.dec.382.num.8.Iul.Clarus lib.5.sententiar. §.1.num.6.& §.fin.q.3.nu.6.& q.14.nu.12.* quem Ritũ, & praxim vereor,ne correxerit *prag.vn.de priuil. concessis Vniuersitatib.* tunc iudex non tenebitur ex officio repellere,nisi reus opponat,iuxta sententiam *Baldi,& aliorũ*, qui conciliationi ex parte videtur acquiescere *Carauita ad d.Ritum 191.num.7.*

26 Sublimita secundò prædictam tertiam limitationem, vt non procedat attento iure Neapolitano, quo constitutum est, vt qualibet requisita ad agendum in eo, qui agit nomine proprio non sit probanda ante litis contestationem,sed in processu litis.& exceptio obiecta actori carentiæ similis qualitatis, reseruatur ad merita causæ, ad impedita litis contestatione.Sic statuitur *in Const.Exceptione Filiationis*,vbi *gloss.verb.Filiationis*, ait per illam corrigi *d.l.non ignorat,C.de ijs qui accusar, non poss.* quam sequuntur ibi.*Afflict.ante num.1.Isernia in princ.Carauita ad d.Ritum 191.num.7.Muscatellus in prax. lib.1.p.5 gloss. reseruatis,num.8.* Quæ constitutio reducit resolutionem ad regulam prius propositam, vt sufficiat,eum,qui agit nomine proprio probare se esse talem, qualem dicit in libello durante iudicio vsque ad diffinitiuam. Idem dicendum est de iure Castellæ, stante *leg.10.tit.3.part. 3. & ibi gloss.1.* quæ lex concordat cum prædicta Constitutione.

27 Secundus casus est,cùm quis agit nomine alieno tanquam procurator alterius,vel tutor,vel curator nomine pupilli,aut minoris.In quo communis est omnium DD. resolutio, necessarium esse,vt in initio litis,& ante illius contestationem exhibeat mandatum, & legitimet personam suam, ostendendo se legitimum procuratorem, tutorem, vel curatorem, alioqui obstabit exceptio, *tua non interest*, & poterit à iudice ipso, ex officio à iudicio repelli tanquam actione carens,*Gigas de pension.q.vlt.nu. 25.l.veluti 27.in princ.ff.de verbor.oblig.gloss.in l.vbi pact. 40. verb.Pœna,C.de transf.Bart.in l.si vnus 28.§. Pactus ne peterer,num. 20.ff.de pact..Alex.in l.1.num.6.C. vt quæ desunt. Aduoc.iud.supp.Pacian.de prob.lib.1.c.57.num.28. et seqq.Menoch.cons.1244.num.59.lib.13.* qui ibidem cum multis,quos refert, animaduertit, procedere hoc etiam parte non petente, & tametsi videatur contradicere *Scrad.de feud.par.10.in præamb.nu.33.* postea tamen *num. 37.* videtur consentire,& *Muscat.in prax.lib.1.par.3.gloss. actionis,num.8,& 9* Et hanc resolutionem amplectuntur *Scribentes,in d.l.qui stipendia 9.C.de procur. & in l.1.C. de act.& oblig.*& omnes relati sup.*nu.11.*& præter eos *Isern. in Const.Except. filiationis verb.Except..Afflict.ibid. num.1, vers.Sed quæro,et num.1.lib.2.Rub.22.* Ratio autem videtur esse, quia iniquum est molestari, & fatigari quem quam in prosequutione iudicij ab eo,qui fatetur, sua nihil interesse iudicium prosequi, cũ agat alieno nomine, & nihil proprium habeat antequam constet habere ab alio, vt possit molestare reum, & se legitimè agere, aut accusare alieno iure, *c.1.de accus.*vbi notant Canonistæ. Alioqui calumniatoribus, & maleuolis daretur occasio molestandi quos uellent, sub eo prætexru, quod alieno nomine agerent,sicq; iudicis authoritas, & iudicioiũ vis illuderetur, si spectandus esset litium finis,ut uel legitimaretur actoris persona, aut eam illegitimam esse constatet post molestiam,& iniuriam,aut infamiam,dãnaq; rei familiaris reo illata,cui per solam absolutionem uon foret plenè satisfactũ. Ideò iure optimo de iure Castellæ constitutum est *in l.2.et 3.tit.2.lib.4.Rec.*ne possit expediri citatio rei, cum producitur libellus contra eum alieno nomine, nisi producatur mandatum procuratorium,& examinetur per aduocatum, qui asserat subscribens se à tergo mandati, illud esse mãdatum legitimũ, & sufficiens, ut procurator nomine mandatis agat, & *in l.5.tit.17.lib.2.eiusdem Rec.*statuitur,ne Scribæ Conf.aut Regiorum Auditoriorum,consignent processus Relatoribus,quod faciant relationem corã iudicibus,nisi mandata procuratoria sint approbata, & subscripta ab aduocatis litigantium tanquam legitima:atq; item,ne Relatores relationem faciant: nisi præcedat similis approbatio mandatorum cum subscriptione aduocatorum, & earum cõstitutionum ibidem redditur eadem ratio, quã nos reddidimus. Et idem ferè constitutum est de iure Neapolitano nouiori, ut *in prag.79.c.5.de offic.S.R.Cons. in nouiss.compil.* Idem ferè seruatur in Cathalonia, ut obseruat *Cancer.var.res.2.p.c.14.num.62.*

28 Ampla resolutionem huius secundi casus,ut sit etiam obseruanda, cùm quis cessionarius procurator in rem propriam agit nomine cedentis,& mandantis, exercens tanquam eius procurator actiones directas, quarum exercitium transfertur in ipsum per mandatum in rem propriam, nam tunc tenetur in initio litis, & ante eius cõtestationem edere, & ostendere instrumentum cessionis ad legitimandam eius personam,ob eandem rationem, qua adstringitur ostendere mandatum agens nomine alieno. Hanc ampliationem tradunt omnes allegati *suprà num.11.*

SVMMA DISPVTATIONIS Quintæ.

1 *Exceptionum multa sunt genera, et primum est merè dilatoriarum.*
2 *Exceptiones dilatoriæ aliæ respiciunt iudicem,aliæ litigantes, aliæ Libellum.*
3 *Aliæ sunt exceptiones peremptoriæ merè.*
4 *Aliæ sunt exceptiones anomalæ.*
5 *Exceptiones merè peremptoriæ apponendæ sunt post litem contestatam, et non sunt decidendæ ante sententiam diffinitiuam.*
6 *Exceptiones dilatoriæ opponendæ sunt ante litis contestationem.*

7 In.

7 *Inter exceptiones dilatorias, quæ respiciunt iudicem, vt declinatoria, & recusatoria, ante omnes sunt opponendæ.*

8 *Exceptio declinatoria opponenda est ante recusatoriam.*

Decidenda est ante omnia, ibi.

Idem dicendum est de alijs dilatorijs concernentibus legitimationem personæ litigantis ibi.

Sententia illis non decisis est nulla, ibi.

Quamuis iudex procedens ad vlteriora videatur reijcere alias exceptiones, id non habet locum in declinatoria, sed expressè, & specificè est decidenda.

9 *Exceptio declinatoria videbitur decisa per interloqutionem verbis generalibus factam, non obstantibus oppositis esse procedendum.*

10 *De exceptione declinatoria cognoscit iudex coram quo opponitur, qui examinat, an sit sua iurisdictio, & limitationes, remissiuè, ibi.*

11 *Exceptio recusatoria litigant manus iudicis.*

Quomodò sit proponenda, & quid in ea seruandum, remissiuè, ibi.

Causæ recusationis, ibid. remissiuè.

12 *Proponitur difficultas de exceptionibus anomalis.*

13 *Exceptiones anomalæ cùm de eis incontinenti constat, statim sunt diffiniendæ, quando requirunt altiorem indaginem reseruandæ sunt in tempus diffinitiuæ.*

14 *Idem seruatur in dilatorijs, quæ respiciunt merita causæ.*

15 *An id sit intelligendum de exceptionibus intricatis in facto; an etiam in intricatis in iure.*

Dubium super facto eget termino, vbi verè factum est certum expeditur causa sine termino, ibi.

16 *Exceptionem in iure dubiam posse reseruari in finem litis, quorundam sententia.*

17 *Verius est, solum posse reseruari in finem litis exceptionem in facto intricatam, non in iure, sed contrarium frequentius seruatur, & ratio.*

18 *Exceptiones, quæ respiciunt processum statim sunt diffiniendæ.*

19 *Quando dicantur exceptiones probari incontinenti.*

20 *Quid significet dictio* Incontinenti.

21 *In arbitrio iudicis situm est, quid dicatur* Incontinenti fieri.

22 *De iure Castellæ quid significetur per verb.* Incontinenti.

23 *Exceptiones præiudiciales quæ sint.*

24 *De iure Neapolitano quomodo accipiatur verbum* Incontinenti.

25 *Arbitrarium est iudici, quæ nam exceptiones requirant altiorem indaginem.*

26 *Quomodo opponatur exceptio anomala cum proponitur tanquam dilatoria. Quomodò quando tanquam peremptoria.*

27 *Exceptio solutionis, acceptilationis præscriptionis, & iuæ non inter est, sunt anomalæ.*

28 *Duæ formæ pronunciandi super reseruatione exceptionum animaduersio Afflict.*

29 *An cùm reseruantur exceptiones sit facienda de illis mentio in sententia.*

30 *An sit valida sententia, quæ non pronunciat super exceptione reseruata expressè, etiam instante parte.*

DISPVTATIO V.

Quando in iudicio sit reseruanda decissio super exceptionibus allegatis intẽpus sententiæ diffinitiuæ: Quando verò statim, & ante diffinitiuam sit super illis definiendum.

1 EXceptionum, quibus reus ab actore impetitus in iudicio se defendit multiplex est, & varia natura. Primum genus est (more Legistarum loquor) merè dilatoriarum, quæ opponuntur ad differendum iudicium, non directò impugnantes actionem agentis: quasi per eas reus non directò velit negare, actorem fouere iustitiam in causa principali; sed veluti quodam diuerticulo procuret actorem morari, ac detinere, & in aliud tempus, aut casum sententiam reijcere.

2 Hoc autem primum exceptionum genus in tria alia membra, seu species subdiuiditur. Nam quædam ex istis dilatorijs exceptionibus iudicem respiciunt: vt declinatoria fori, aut recusatoria ob suspitionem iudicis. Quædam ad litigantes referuntur, videlicet exceptiones legitimationis personæ (de quibus disputatione præcedenti) verbi gratia, exceptio obiecta minori, quòd agat sine curatore, vel quòd tutor non impleuit solemnia, quòd procurator agat sine mandato, aut cum mandato minus sufficienti. Quædam tandem pertinent ad libellum, seu totam causam, vt exceptio, quòd libellus sit obscurus, vel ineptus, aut exceptio pacti temporalis, de non petendo, aut exceptio, ante diem agis. De istis exceptionibus agit *Specular. libr. 2. tit. de exception. & replicat §. exceptionum 1.* vbi tradit diuisionem exceptionum, *& §. nunc videndum 2. Felin. in cap. exceptionem 12. ex num. 7. de excep. Thusc. liter. E. concl. 389. & 330. Maranta in speculo, part. 6. tit. de exceptione, nono membro iudicij, ex num. 1. Asinus in prax. iudicior. §. 13. capit. 1. & 2. Paz in prax. 1. tom. 1. par. 5. temp. ex num. 9. Muscatellus in prax. libr. 1. part. 3. glos. dilatorias ex num. 1. Volaño in Curia Philippica, 1. p. §. 13. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 8. Scaccia de iudic. lib. 1. cap. 101. ex num. 6. & num. 31. cum seqq. & num. 58. cum seqq.*

3 Secundo genus est exceptionum merè perẽptoriarum, illarum videlicet, quæ perimunt omne ius actoris, *§. appellantur, Inst. de excep.* vt est exceptio non numeratæ pecuniæ, exceptio doli, exceptio metus, exceptio pacti de non petendo perpetuò, & similes. De istis agit *Spec. d. tit. de except. §. dicto 3. Angel. in §. appellantur, ex num. 47. inst. de except. Maranta in prax. d. tit. de exception. num. 12. Asinus in prax. d. §. 13. capit. 3. 4. 5. & 6. Paz in prax. 1. tom. 1. par. septimo temp. ex num. 1. Muscatell. in prax. libr. 1. part. 4. glos. peremptorias, ex num. 4. Volano in Curia Philipp. 1. par. §. 15. ex num. 1. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 9.*

4 Tertium genus est exceptionum anomalarum, seu mixtarum, quæ participant naturam, tàm dilatoriarum, quam peremptoriarum, & possunt opponi tàm ad impediendum ingressum, aut processum litis ante eius contestationem, quàm ad elidendam actionem actoris post contestationem, vt sunt exceptio rei iudicatæ, transactionis, litis finitæ, iuxta *text. in cap. 1. de litis contest. in 6. vbi glossa, verb. Finita,* de istis agunt, easque recensent, *Bart.*

in l.

in l.ultima.ff. pro suo. & in l.cùm quærebatur 13. num.3.ff. iudicat solui. Additio longa Alexand.ad Bart.in l. vir bonus 18.ff.eod. Baldus in l.postquam liti 4.ex num.7.C.de pact.& in l.exceptionem 19. ex num.1.C.de probat. vbi etiam Salic. aliquid etiam idem Baldus in leg.peremptorias 2.C.sentent. rescin.non poss.Paulus in l. ait Prætor 7. num. 8.ff.de iur. iur. Angel.Aretin.in §.æquè, ex numer.15.Instit.de except.Congessit quadraginta quatuor exceptiones anomalas. Marian. Socin.in capit.olim inter, ex num. 16. de litis contestat. Enumerauit 33. exceptiones anomalas impedientes litis ingressum Philipp.Franchus in dict.cap.1.ex num.18.de litis contestatione in 6.in 43.limitationibus. Recenset totidem exceptiones anomalas, Martinus de Fano in tract. de exceptionibus. impedientib.litis ingress.tom.3.tract.2. part. recensuit 34. exceptiones Omnium copiosissimè Marcus Anton.Blancus tract. de excep.impedient.litis ingressum,tom. 3.tract.1.par.coaceruauit 70.exceptiones, Felin. in capit. exceptionem 12.num.36.& 37.cum seqq. quarundam meminit, & remittit se ad multa loca, vbi de illis agitur. De illis tractarunt Assinius in prax.§.13.cap.3.6.7.& 9. Maranta in prax.d.tit.de excep.ex num.12.Paz in praxi 1.tom. prima par.septimo tempore, ex num.2.Muscat.in prax.libr.1. 4. part.glos.periurij, gloss.finita gloss.iudicata, gloss.transactionis, gloss.petendo, gloss. & similia, Pacian. de probation. lib.1.cap.58 ex num. 11. Thusc.lit.E. concl.394. Villadiego in Polit.cap.1.n.10. Scribentes in c.1. de litis contest.in sexto.

5 Quod attinet ad exceptiones merè peremptorias (vt incipiamus à faciliori resolutione) illæ opponendæ sunt post litem contestatam, & nullo modo sunt decidendæ antè diffinitiuam: nam diffinitiua super ipsis ferenda est, qua totalis finitur. Id apertè probat text. in cap.1.de litis contest.in 6.sentit Speculat.libr.2.d.tit. de exception. & replic.§.dicto 3.num.3.Felin. multis relatis,in d.cap.exceptionem 22, num. 36.& ibi Panorm. num. 18. de exception. Philippus Francus in dict.capit. 1.numer.58. de litis contest. in 6.Salic.in l.exceptionem 19.num.19.C. de probat. Maranta in prax.d.tit.de exceptione numer.13.Paz in praxi dict.7. temp.num.4.& 8. Quod adeò verum est, vt Doctores isti dum loquuntur de exceptionibus mixtis, tamen si multi confundant tractationem earum cum doctrina de merè peremptorijs, tamen cùm illæ opponuntur in vim peremptoriarum, dicant earum definitionem reseruandam esse in tempus diffinitiuè, ac per eam esse determinandas, non antè.

6 Quòd verò pertinet ad dilatorias, regula est, esse opponendas antè litis contestationem, non post, l. vlt.C. de except.l.ita demum.13.C. de procurat.l. exceptionem. 19. C.de prob. Et omittendo earum allegationem videtur illis renunciatum. cap.inter Monasterium, de re iudic. Hanc regulam tradit Felin.in dicto cap.exceptionem 12.ex num.7. cum tredecim limitationibus, vbi vide de excepti. Asin. in prax.d.§.13.cap.1.num.17.& 18.& c.8.num.4.Ampliationes autem, & limitationes regulæ in cap.2. per tot.Maranta in prax.par.6.d.tit.de except. ex num.8.

7 Inter has exceptiones dilatorias, illæ, quæ respiciunt personam iudicis, videlicet declinatoria, & recusatoria ante omnes sunt opponendæ, ne illis omissis, & procedendo ad vlteriora videatur iudicis persona approbata, & prorogata eius iurisdictio, iuxta tradita à nobis priore tit.disp.2.q.8.ex num.991. & notata ab Asin. in prax.d. §.13.cap.8.n.4.Maranta in prax.part.6.d.tit.de except.nu.1. & Acacio Ant.Ripol.variar.resol.c.2.ex nu.84.

8 Exceptio quidem declinatoria ante omnes, etiam ante suspitionem iudicis, seu recusationem, proponenda est. Nam suspitio iudicis obiecta, & recusatio videtur præsupponere iudicem competentem, cùm incompetens per ipsam declinatoriam faciliter, & sine ambagibus remoueatur, non per recusationem quæ plures solemnitates requirit, propositionemque, & examen causarum, propter quas recusatur iudex notaui superiore tit.disp.2.q. 7.sect. 1.num.794.Sic sentit Bald.in l.vltima, ex num. 6.C. de iudicijs, & ibi Additio Andreæ Barbatiæ, Salicet. ibidem num.8.Felin.in cap.inter Monasterium 20.num.4. & 6. de re iud.Ripol. var.resol.d.cap.2.ex num.88.idem Bald.in l.exceptionem 19.num.11.C. de probat. & videtur esse in eadem sententia Bart.in l.quidam consulebant 57.num.9. & 11.ff.de re iudic.Et de hac exceptione priùs etiam, & ante omnia cognoscendum est, & statim est decidenda, & determinanda, vt docet Bart.in l.vltima, numer.5.ff.pro suo. Bald. in l.1.nu.11.versic.Prætereà pone, C.de ordin.iudic.Paul.Castr. in l.ex quacunque 2.nu.10.ff.si quis in ius vocat.non ierit. & in dict.l.1.num.9.C.de ordin.iudic.Ias.in l.ait Prætor.7.num. 25.ff.de iure iurando, vbi ait, id procedere, etiam si exceptio ista requireret altiorem indaginem.

Et idem dicendum esse de alijs exceptionibus dilatorijs concernentibus legitimationem personæ, de quibus egi disputatione præced. quando scilicet quis agit nomine alieno, nam quando agit nomine proprio, quid sit seruandum, dixi dicta præcedenti disputatione, idem docet Baldus in l.exceptionem 19.num.7.C.de probationibus, Abbas Panormit.in capit.Pastoralis 4.numer.14.de except. Marcus Anton.Blanc. tract.de except. impedientibus litis ingressum, num.36.Asinius in prax.§.13.cap.8.num.2.& §.18.cap.1.nu. 3.& 6.& cap.2.num.4.& 5.& cap.3.ex num.1.& num. 4. Grammatic.decis.65.num.81.83.& 84.Gregor.Lopez in leg. 11.tit.3.par.3.gloss.1.Scraderus de feud.par.10.in præambulis, num.36.vbi multos allegat, Scaccia de iudicijs, lib. 1. cap. 102.num.3.Salgado de Regia protect.part.2.cap.18.ex.num. 1.& num. 10 & 13.cum seqq.& per totum, Rouitus in prag. 5.num.16.de ordine iudicior. Quod adeò verum est, vt sententia lata in causa principali, pendente, & non decisa discussione declinatoriæ sit nulla, Mastr. decis.127. num. 3. Bellon.decis.167.num.2.& 3. Imò, & totus processus, Paz in prax.1.tom.1.par.5.temp.num.36.& 37.Gregor.Lop. in l. 11.tit.3.p.5.glos.1.Bald.cons.275.præmisso statuto Communis Veronæ, num.1.vol.5.Pacianus de probationib.capit. 58. num.23.cum sequentibus, & num.35. Quoniam proposita declinatoria reuocatur in dubium potestas iudicis, & donec declarauerit se competentem, videntur esse ligatæ eius manus, ne vlterius procedat vt notant Paulus Mastrillus, & Rouitus vbi suprà.

Et quamuis regulariter eò ipsò, quòd iudex procedit ad vlteriora videatur exceptiones oppositas à partibus reijcere, cap.ex part.M.67.de appell.& ibi Bald.num.12.Zabarel.num.1.Panorm.num.2.Ancharran.num.2.Imola nu.4. Philip.Franc.num.4.& 5. Decius ex num.8. ad 11. Hippolyt. de Marsil.in l.si quis ne quæstio, num. 83.ff. de quæst. Vantius de nullitatib. titul.11. quibus modis sententia nulla defendi possint, num.9.Ant.Gab.libr.2. commun.tit.de exceptionibus concl.1.ex num.1.Scraderus vbi suprà num.39.Menoch. de præsumption. libro 2.præsumption. 64. numero 10. Asinius in prax.§.18.cap.6.Pacianus dict.cap.58.nu.22.Felin.in cap. suborta 21.num.4.vers.Ad idem de re iudic.Tamen hæc regula locum non habet cum proponuntur exceptiones respicientes personam iudicis, aut defectum iurisdictionis, nam debent expressè determinari, vt docet Paul. Castrens.vbi suprà, Anton.Gabriel.dict.concl.1.numer.3. & sequentib. vbi multos allegat, Scraderus dict.num. 39. Natta cons.271.num.3.Menoch.dict. præsumpt.64. num. 2. cum sequentib.vbi adhibet quatuor declarationes, Carrocius de

excep-

exception. except. 22. q. 8. num. 3. Rouitus vbi suprà, Felin. in d. cap. suborta, ex num. 6. de re iud. Neque item locum habet regula cum opponuntur exceptiones respicientes legitimationem litigantium, vt notat Hippolyt. de Marsil. vbi sup. num. 84. Vantius num. 10. Scraderus d. num. 39. Perez de Lara de anniuers. & capel. lib. 2. cap. 10. ex num. 63. Et idem vniuersim censendum existimo, quandocumq; opponitur quælibet dilatoria, quæ si locum habeat, reddit iudicium rètrò nullum, ideò enim statim est decidenda, & non in fine litis reseruanda, ne iudicium reddatur elusorium, dum iudex frustrà vlterius procedit, & reus inanibus sumtibus vexatur, quam rationem præsensit Gregor. in l. 5. tit. 10. par. 3. gloss. 1. Nisi quod similes dilatoriæ opponi possunt, non solum ante litis contestationem, sed etiam in quacunque parte iudicij, imò etiam post sententiam, aut tres sententias conformes, vt notaui loquens ae declinatoria fori, cum iurisdictio est improrogabilis priore tit. disputat. 2. quæst. 7. sect. 02. num. 811. in fin. cum multis, quos allegaui, & præter eos tradit Felinus in dict. cap. exceptionem 12. num. 28. post multos, quos refert, & Natta consil. 271. num. 4.

9 Censebitur autem iudex expresse determinasse super declinatoria, si causa cognita post illam propositam interloquatur verbis generalibus, non obstantibus oppositis esse procedendum ad vlteriora tametsi decreto non faciat expressam mentionem de declinatoria, dicendo, declinatoriæ non esse locum, vel remissioni peritæ, vt animaduertit Menochius dict. præsumpt. 64. num. 5. post Felinum in dict. cap. suborta, num. 6. versic. Tertius casus, de re iudic. Anton. Butrius in cap. super literis 20. num. 37. in fin. de rescriptis, vbi Imola num. 12. Angelus cons. 200. in ciuitate Lucana num. 3. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 58. numer. 24. atque ista forma decreti sub verbis generalibus in hoc Regno Neapolitano sepissimè est in vsu.

10 Regulariter de ista exceptione declinatoria potest cognoscere iudex, coram quo opponitur, ad quem pertinet determinare, an sua sit iurisdictio, l. ex quacunque 2. in princip. ff. si quis in ius vocat. non ierit, l. si quis ex aliena 5. de iudicijs, vbi glossa, & Doctores Canonistæ in cap. super literis 20. de rescriptis, vbi Panormitan. ex num. 10. Butrius ex num. 37. Imola ex num. 12. Felin. ex numer. 18. Corsetus in sin. regularib. verb. Iurisdictio 1. sub nu. 149. Bart. in l. de iure 37. in princip. num. 1. ff. ad municipal. & de incol. Scaccia de iudicijs, lib. 1. capit. 101. nu. 26. cum sequentib. Graffis de exceptione 18. numer. 9. Afflictis decis. 354. num. 15. cum sequentib. Barbosa in dict. l. si quis ex aliena, ex num. 111. Thuscus lit. I. concl. 414. Cabedo decis. 41. 1. par. Auilés in cap. 3. Prætorum, verb. Abogados, num. 12. paulo post medium, Ponte decis. 33. Gratianus regul. 123. Marta de iurisdict. part. 2. c. 4. Valencuela cons. 52. numer. 23. cum sequentibus, & cons. 200. ex num. 53. Apud quos videbis limitationes prædictæ regulæ, & casus, in quibus iudex non potest, an sua sit iurisdictio cognoscere.

11 Exceptio recusatoria, vt ad eam veniamus, litigat etiam manus iudicis, nè possit post eius obiectionem vlterius procedere, aut saltem non debeat. Nam an acta facta à iudice recusato sint nulla, controuersia magna est inter Doctores, vt refert Tuscus liter. S. conclus. 913. Bobadilla lib. 3. Polit. cap. 8. ex num. 118. Scaccia de iudicijs, lib. 1. cap. 101. ex num. 16. Probabilissima quidem sententia est nullitatis vitio laborare acta facta à iudice suspecto, & recusato solemniter, quam amplectitur Bart. in l. quia poterat 4. num. 3. Alexand. ex num. 6. ff. ad Trebellian. Andreas Barbatia in tract. de Cardinalibus legatis à latere, q. 3. ex num. 3. & ibi num. 26. resoluit, hanc esse veriorem opinionem Cacheranus decis. 84. ex numer. 1. Vantius tract. de nullitatibus tit. 9. de nullitate ex defectu iurisdict. ordinariæ, ex num. 140. Adde Bobadilla lib. 2. Polit. cap. 21. num. 159. vbi multos allegat, & Didacum Perez in l. 1. tit. 5. libr. 3. Ordinament. colum. mihi 955. §. Præterea, & 6. dubitatur. Azeuedum in l. 1. ex num. 8. tit. 16. libr. 4. Recopilat. Canonistas in cap. cum speciali 61. vbi Franchus ex num. 47. de appellat. refert omnium opiniones. Et de iure ciuili antiquo, quando, & quomodo sit proponenda, & quid in ea seruandum, vide textus, & Doctores in l. qui iurisdictioni 10. ff. de iurisdict. omn. iudic. l. apertissime 16. Authent. si verò, l. cum specialis 18. C. de iudic. De iure Canonico, quod quoad hunc articulum in multis à Ciuili differt, vide cap. causam, q. 17. cap. insinuante 25. cap. suspitionis 39. de offic. & potest. iud. delegat. cap. cum speciali 61. de appellation. Scacciam vbi supra dict. cap. 101. num. 22. & sequent. De iure veteri Castellæ, l. 22. tit. 4. par. 3. & ibi Gregorium, De iure nouiori quoad recusationes iudicum inferiorū, l. 1. & 2. titul. 16. libr. 4. Recopilat. quæ in veteri Ordinamento erant, l. 1. & 2. tit. 5. lib. 3. Quoad recusationes vero iudicum Superiorum, l. 1. & toto tit. 10. lib. 2. Recopilat. in veteri ordinamento, l. 3. tit. 5. lib. 3. Didacum Perez, & Azeuedum ad hæc loca, Paz in prax. 1. tom. 1. par. 10. tempore, num. 18. cum sequent. & 5. par. cap. 3. §. 12. num. 31. in fin. & 6. par. cap. 1. §. vnico, Monterroso in practica vulgari, tract. 5. fol. mihi 82. Couarru. in pract. cap. 26. Auendanum de exequend. mandat. 2. part. capit. 23. De iure Neapolitano, quoad vsum, qui est in viridi obseruantia, integrum titulum Pragmaticarum de suspitionibus officialium, & ad omnes eius Pragmaticas Rouitum, que se satis suspitiosum ostendit, dum nimis scrupulosè sensit de suspitionibus, argumento Poetæ Horatij libr. 1. Epistolarum epistola 19. versu 945. Laudibus arguitur vini vinosus Homerus, quare in hac materia ab illius opinionibus cauendum est, neque enim securæ, sunt, nec Reipublicæ vtiles, Galuppum in praxi Sacri Consilij part. 1. cap. 5. Scacciam d. cap. 101. num. 28. in fin. Et vniuersim de recusationibus, Marantam in prax. 4. part. distinct. 5. num. 42. & 6. part. titulo de appellat. ex num. 25. Rebuffum in Constit. Regi tom. 3. tractatu de recusationibus, Ripol. variarum resol. capit. 2. Tuscum liter. S. ex conclus. 906. vsque ad 913. & Scacciam dict. cap. 101. ex n. 21. Causas autē iustas recusationis recensent diuersi Doctores, Philippus Francus in capite postremo, ex num. 20. de appellat. enumerat quadraginta causas, totidem Maranta in dict. tit. de appellat. ex num. 28. Stephan. Aufrerius nonaginta tres, in tract. de recusationibus suspectorum iudicum, Caualcanus decis. 28. ex numero 114. 2. part. refert 84. causas quasi assumpsit Nouarius in pragm. 15. de suspitionib. Offic. collect. 6. nu. 46. Carrasco del Saz ad nouam Recopilationem, cap. 9. ex num. 96. nonaginta, & vna causas. Vide Farinac. in fragmentis criminalib. liter. I. ex num. 777. Thuscum lit. S. conclus. 908. Graffis de exceptionibus, exception. 24. ex num. 23. Ripol. variar. resolut. capit. 2. ex num. 161. Speculatorem lib. 1. titulo de iudice delegato. §. superest 7. per totum. Apud quos latè, & ad satietatē omnia huc attinentia repeties.

12 Reliqua est igitur proposita difficultas circa exceptiones anomalas, que opponuntur in vim dilatoriarum, & peremptoriarum, quæ impediunt litis ingressum, vt sunt exceptio litis finitæ transactionis, de quibus in capit. 1. de litis contestat. in 6. & aliæ similes, quas commemorat, de iure Castellæ, l. 1. & 11. tit. 3. part. 3. & ibi Gregorius, quid sit agendum; an statim in ipso litis initio, & ante quam procedatur ad contestationem sint determinandæ, an potius reseruandæ sint ad merita causæ, seu in tempus diffinitiua.

13 Et

13 Et resolutio communis est cum distinctione. Aut enim de istis exceptionibus constat incontinenti: cum opponuntur, vel offertur à reo earum probatio incontinenti, & hoc casu ante omnia sunt definiendæ, vt sopiatur lis, & vlterius non procedat, concesso eas alleganti breui termino ad eas comprobandas. Aut non constat de illis, quia requirunt altiorem indaginem, nec possunt breuiter liquidari, quia sunt intricatæ in facto, & tunc reseruandæ in tempus diffinitiuæ, hanc resolutionem probat text. in leg. nam postea 9. in princip. & ibi gloss. verb. Exceptioni, ff. de iure iurand. & ibi Bart. nu. 2. & 5. Bald. nu. 1. Angel. num. 1. Salicet. ante nu. 1. Fulgos. in l. ait Prætor 7. num. 7. Paulus num. 6. ff. eodem item text. in l. ille, à quo 13. §. si de testamento, ff. ad Trebellian. & ibi Doctores, docet idem Bart. in l. vltim. num. 3. & 4. ff. pro suo, & in l. cum quærebatur 13. num. 3. ff. iudicat. solui, Baldus in leg. postquam liti 4. num. 7. & 8. C. de pact. Marianus Socinus in capit. 1. nu. 47. de litis contestat. Alexand. in longa additione ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. iudicat. solui, Hippol. de Marsilijs singulari 365. Gregor. Lopez in l. 10. tit. 3. part. 3. gloss. 1. in fin. in l. 5. titul. 10. ead. part. gloss. 1. Molina de primogen. lib. 4. cap. 9. ex num. 39. Azeuedus in l. 1. num. 33. & 34. tit. 5. lib. 4. Recopil. Maranta in prax. p. 6. tit. de exceptione ex num. 14. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 53. & lib. 2. cent. 1. casu 19. & casu 20. num. 4. & casu 167. & cons. 125. num. 13. lib. 2. Thusens liter. E. conclus. 379. Scraderus de feudis part. 10. in præambulis, nu. 36. Gratianus discept. forens. tom. 1. capit. 160. ex num. 1. Surdus cons. 252. ex num. 9. Valencuela consil. 68. ex numer. 52. Cancer variar. resolut. part. 3. cap. 17. num. 20. Salgado de Regia Protectione vi oppressorum, part. 2. cap. 18. ex 45. & ex num. 62. Asinius in praxi, §. 13. cap. 3. num. 6. & §. 18. cap. 3. ex num. 1. Paz in prax. 1. tomo 1. par. 7. tempore, n. 4. & 5. Muscatell. in prax. libr. 1. part. 5. glos. reseruatis ex num. 20. ad 25. Franciscus Marcus decis. 418. num. 8. 1. part. Afflictis decis. 52. & 63. & in Const. Exceptione filiationis, num. 8. & 9. Capicius decis. 10. num. 19. & 20. Franchis decis. 289. numer. 4. Marius Giurba decis. 21. Mastrillus decis. 8. ex num. 5. & 6. Triuisanus decis. 2. lib. 1. insignis Riccius amicus noster collect. 1519.

14 Amplia prædictam resolutionem, vt idem prorsus seruandum sit, quoties opponuntur exceptiones dilatoriæ tertij generis ex illis, quas supra enumerauimus, num. 2. videlicet illis, quæ respiciunt merita causæ, vt est exceptio de non petendo temporalis, aut exceptio ante diem agis, & similes. Quas quamuis sint dilatoriæ, inter anomalas enumerari à Doctoribus adnotauit Marcus Antonius Blancus tract. de except. impedientibus litis ingres. num. 118. in fine, de quibus quandocunque constiterit reus est absoluendus ab obseruatione iudicij. De duobus enim alijs dilatoriarum generibus, videlicet quę respiciunt personam iudicis, & litigantium quid sentiendum sit, & seruandum, cum opponuntur, diximus supra num. 8. Quare solum restant exceptiones dilatoriæ istius tertij generis, de quibus possint intelligi, quæ Doctores dicunt.

15 Dixi, quando exceptiones sunt intricatæ in facto esse reseruandas, nã si sunt intricatę, & dubię solũ in iure nõ esse reseruãdas sed statim decidendas interim suspenso processu causæ principalis sentiunt, Bald. in dict. leg. postquam liti 4. numer. 8. C. de pactis, & in l. ancillæ 12. nu. 2. C. de furt. & seru. corrup. Alexand. in additione ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. iudic. solui, Marianus Socinus in capit. 1. num. 25. & 26. de litis contestatione, Marcus Antonius Blancus tractatu de exceptionibus impedientibus litis ingressum num. 102. Philippus Francus in cap. 1. num. 18. limitat. 11. de litis contestat. in 6. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 53. num. 4. & 5. Mastrillus decis. 8. ex n. 7. & n. 20 circa finem, vers. Licet in alia causa, Salgado de Regia Protectione vi oppressorum 2. part. cap. 18. ex numer. 50. Ratio est, quia super disputatione iuris non requiritur ordo iudiciarius, & vna semper debet esse apud iudicem determinatio. Confirmatur, quia lis, in qua solum de iure dubitatur, non de facto, quod certum est, & de quo partes conueniunt, expeditur nulla concessa dilatione; termino enim solum eget dubium super facto, quod in termino liquidatur iuxta doctrinam Innocentij in capit. cùm inter R. 16. nu. 3. vers. Sed dic, quòd vbicunque, de elect. quam sequuntur, & approbant Anna singulari 470. Franchis decis. 221. num. 12. Rouitus in Pragm. 7. numer. 12. de ord. cogn. Mastrill. decis. 217. numer. 5. & 17. & 18.

16 Contrariam nihilominus sententiam, quinimò exceptionem in solo iure dubiam, intricatam, & difficilem, posse in finem litis reseruari, tanquam requirentem altiorem indaginem, amplectuntur Angelus Aretinus in §. bonæ fidei, num. 6. institut. de actionib. & in §. æquè, numer. 16. institut. de except. Bartholom. Socinus cons. 59. numer. 2. & 3. lib. 3. & in Rubr. num. 1. 2. & 3. ff. de rebus dubijs, Capicius decis. 10. numer. 19. & 20. Franchis decis. 289. numer. 4. Castillo decis. 124. num. 9. lib. 2. Mastrillus decis. 8. Surdus cons. 252. numer. 10. & 11. lib. 2. Natta consil. 151. numer. 2. Ratio est, quia dubitatio iuris æquiparatur dubitationi facti, & quamuis iuris determinatio certa sit, quod attinet ad rerum naturam, tametsi quatenus ad hominis intellectum applicatur, lex dicitur esse dubia propter varias Doctorum opiniones. tractat optimè Argelius de acquirenda possess. quæst. 2. artic. 4. per tot. notat Mastrillus decis. 217. num. 19.

17 Verum est, Menochium vbi supra, dict. quæst. 53. num. 9. & 10. satisfacere istis rationibus probabilissimè. Quapropter existimo primam sententiam veriorem de iure; verùm secundam magis accomodatam ad vsum, conuenientemque iudicum ignauiæ, & socordiæ, qui decisiones dubias semper procrastinare, & differre solent, quia exosum habent studiorum laborem. Nec mirum, cùm eius laboris, & officij strenuè, & studiosè executi nullum expectent præmium, nullum fructum consequantur in hac vita, futuræ autem, vtinam simus memores.

18 Addendum item est omnes exceptiones emergentes, quæ respiciunt processum, non merita causæ, vt exceptio breuitatis dilationis, an testes sint recipiendi, vel nè, & similes, statim, & ante omnia esse decidendas, & super illis interloquendum tacitè, vel expresse, nam nisi hoc fiat, negotium principale non potest expediri. Et ideò non esse reseruandas in tempus diffinitiuæ, docet Innocentius in capit. cùm inter R. 16. numer. 3. vers. Si verò quæstiones de electione, gloss. 1. in cap. 1. & Abbas Panormitan. ibi num. 11. de ord. cognit. Bart. in l. de qua re 74. in princ. ff. de iudicijs, post glos. ibi, Paulus Castrens. in l. 1. num. 9. C. de ordin. iudiciorum, Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. part. 3. glos. 1. in fin. Asinius in praxi, §. 18. cap. 3. numer. 3. Muscatellus in prax. lib. 1. par. 5. glos. reseruatis, ex num. 31. Afflictis in constit. Si ciuiliter agens, num. 14. versic. Decimo, & vltimo notat, Tepatus in compendio variarum, tit. 115. vers. Quando quæstio, Menoch. consil. 367. ex numer. 1. lib. 4. qui alios allegat, adde eundem de arbitrar. libr. 2. centur. 2. casu 167. per totum, & Amendolam ad Franch. decis. 519. num. 2. Nattam cons. 138. num. 28. tom. 1. Paul. Castrens. cons. 281. num. 5. lib. 1. & iterum in l. qui prior 29. numer. 3. in vltima oppositione, ff. de iudicijs, Angelum ibidem, num. 2. circa finem, versiculo, Quandoque vertitur, Patianum de probation. libr. 1. cap. 58. num. 19.

num.19.cumsequentib.Bald.in Auth habita numer.72.C. nè filius pro patre. & text.in cap.exhibitea 19.de iudicijs, tandem Bart.in l.aut Prætor 7.in principio num.5.ff.de minor. ibi ait, quòd etiam si iudex vlterius procedat, & non pronunciet super exceptione emergenti, iudicium non annullatur, quod probat ex text. ibi, & in cap. ex par.67. de appellat. Tametsi ego, vt verum fatear, non video, quomodo hæc Bartoli assertio ex prædictis textibus probetur. & contrarium videtur docere idem Bart.in l.1.nu. 7.& 8.C.de ordine iudicior.

19 Quando verò dicantur exceptiones probari incontinenti, & quod temporis spatium significetur per hanc vocem, incontinenti, dissentiunt Doctores Nam Bart. in l.vltim. numer. 5.ff.pro suo, existimat accipiendum esse verbum, Incontinenti, in hoc casu vt dicitur in l.si is à quo 3.in princip.ff.vt in poss. legator si is, à quo (ait Vlpianus) satis petitur offerat cognitionem, & dicat, hodie constat de fideicommisso, hodie agatur, dicendum est, cessare satisdationem. Itaque qui offert se velle incontinenti probare exceptionem, sic se paratum ostendere debet, hodie constat, hodie agatur. Faciunt quæ tradit Natta cons.152.num.2.& cons. 153.ex num.1.& Triuisanus dict. decis. 2.numer. 4.libr. 1. Baldus verò in l.cum specialis, vltima, numer.1.C.de iudicijs, ait, fieri in continenti, quod fit intra triduum, iuxta textum ibi, & in l.vltim.C.de error.Aduocat. vbi notat iterum num.2. & in l.petens 27.num.54.C.de pact. & in l. 3. §.ibidem, num.1.ff.ad exhibendum, & in l.2.ante numer.1. C.de edicto Diui Adrian.tollend. vbi non solum quod intra triduum fit, dicit fieri incontinenti, sed etiam quod intra quinque dies, quod intra decem dies, quòd intra duos menses.

20 Quid significet vniuersim dictio, Incontinenti, in diuersis iuris articulis multi tractant Menochius de arbitrarijs lib.2.centuria 1.casu 7.casu 9.10.11.12.& 13. Augustinus Barbosa tractatu de dictionibus vsu frequẽtibus, dictione 155. Argelius de acquirenda possessione quæstione 2. per totam, latissimè, & ante illos Marianus Socinus in capit.1.numero 9.versic.Glossa super, verbo, Incontinenti, de mutuis petition. Et quod attinet ad præsentem articulum prædictus Argelius tangit artic.8.& 9.ibi Imprimis censeri probatam incontinenti exceptionem, de qua constat per instrumentum productum, simul cum libello rei illam allegantis, sentit Baldus in d.l.2.numer.1. Pistor lib.4.quæst. iuris, quæst.10. num. 19.Menoch.de arbitrar.lib.2.casu 17.num.8.Bernard. Tandus tract.de præsentatione, & executione instrument.4. part. 10.declaratione, numer. 70. Colerus de processib. executiuis 4.part.cap.2.num.23.Maranta d.tit.de exceptione, num.16. Natta d.consil.152.nu. 2.& cons.153.num.4. An tamen hęc probatio incontinenti facta possit inturbidari ex replicatione actoris, si alleget falsitatem, vel dolum, aut metum interuenisse in confectione instrumenti, non est sine controuersia. Nam Argelius dict.quæst.2.art.9.ex num.1. contendit, ex replicatione actoris posse exceptionem, ita inturbidari, & difficilem reddi, vt reijcienda sit ad merita causæ, & quamuis resoluat difficultatem sub distinctione ex numer.335.in hanc sententiam magis inclinat, pro qua refert inter alios Vinum decis.409. lib.3. & eam planè amplectitur Surdus consil.252.ex nu.16. Afflictis verò decis.63.quem sequitur Muscatellus in praxi, lib. 1.par.4.glossa periurij numer.16. contrarium affirmat decisum in S.C. quinimò probatam incontinenti per instrumentum exceptionem anomalam, non posse ex replicatione actoris inturbidari, ita vt ex eius obiectionibus videatur requirere altiorem indaginem, & ad merita causæ reseruari debeat; sed dari debere breuem terminum ad probandum super replicatione, & interim causam principalem vlterius non procedere. Vide Surdum vbi supra, qui reprobat Afflictum.

21 De iure communi sentiendum est, esse in iudicis arbitrio quoad præsentem casum, quomodo sit accipiendum verbum, Incontinenti, & ei qui offert se incontinenti probaturum allegatas exceptiones anomalas, quantum temporis sit indulgendum Ita sentit Baldus in dict.l.2.num.1. in fin. Felinus in d.cap.exceptionem 12.numer. 36. de exceptionibus, cum multis, quos allegat, quos sequitur Menochius de arbitrar.lib.2.casu 19.nu.2.casu & 20.num.3. & latè de recuperand.possess.remedio primo, nu. 259. & ibi rem tractat relatis omnium sententijs ex numer.253. Cremeta consil.156.numer.17. Tiraquell.in l.si vnquam, verbo, Omnia, vel partem, num.31.columna 3.C.de reuocand.donation Barbosa vbi supra, dictione 155.num.11.& 12. Scraderus de feudis, tomo 1.2.part.9.partis, sect.11.ex num.43. & 52. Muscattellus in praxi, lib.1.part.4.glos.vlteriora, numer.4. Pistor lib.4.quæst.iuris, quæst.10.numer.18.cum sequentib. Parladorius lib.2.rerum quotid.capit.5. num.4. Anton. Gomez in l. 45.Tauri num.145. & apertè videtur probari ex text. in l. 1.§.item si ita, ff.ad l.Falcid.ibi, & quod dixi incontinenti, ita accipiendum est cum aliquo spatio.

22 De iure Castellæ hoc spatium temporis, quod dicimus Incontinenti, est spatium nouem dierum, illorum videlicet eorundem, qui conceduntur reo ad respondendum primo actoris libello, numerandorum à die intimationis eiusdem libelli, seu citationis, intra quos reus tenetur allegare exceptiones dilatorias, easq; probare ante litis cõtestationem, quæ finita hac prima dilatione, præcisè facienda est, aut habetur pro facta, iuxta l.1.tit.4. l.1.tit.5 lib.4.Rec.& sic lis, finito hoc termino manet cõtestata. Datur autem reo alius terminus viginti dierum numerandorum à lapsu prædictorum primorum nouem dierum ad allegandas omnes exceptionem sibi competẽte, anomalas, preiudiciales, & peremptorias, post litem iam contestatam, vt sentit Gregorius in leg.10.tit.3.part.3.glos. 1.in fin. Azeuedus in dict.l.1.num.32.& 33.tit.5.lib.4. Recopilat. Hoc tamen limitandum credit Gregorius, quando exceptione impedientes litis ingressum non constat incontinenti, aut offeratur eorum probatio incontinenti, idest, intra illos primos nouem dies, alioqui si de ipsis incontinenti constaret, impediendam esse litis contestationem, & vlterius non procedendum, sit concordans prædictam, l.10.tit.3.cum l.5.tit.10. eadem partita 3. quæ sine ista conciliatione sibi apertè repugnarent. Quam eadem concordiam amplectuntur Molina de primogenijs lib.4.cap.9.ex num.39.ad 42. Azeued.in d.l.1.num.33.34. & 46.tit.5.lib.4.Recopilat.& Villalobos ad Olanum in concordia antinomiarum iuris communis, & Regij, lit.E. numer. 26. Ex qua manifestè infertur, illam l.1.tit.5.lib.4. Recopilat. quatenus comprehendit exceptiones præiudiciales, & anomales, loqui de illis, quæ requirunt altiorem indaginem solum, non de illis, quæ in promptu constant, quæ possunt allegari, & probari in termino illorum primorum nouem dierum ante litis contestationem, quemadmodum, & declinatoria, probatæque impedient processum ad vlteriora.

23 Et quoniam meminit illa lex de exceptionibus præiudicialibus, quas in totata hac disputatione non commemorauimus, sciendum est, illas contineri in genere dilatoriarum, & quæ nam illæ sint, curque sic vocentur, vide Marantam in praxi parte 4. distinctione 20.ex num. 1. Azeuedum in dict.l.1.tit.5.libr.4.Recopilat.num.45. Didacum Perez in l.1.tit.8.lib.3.Ordinamenti gloss.1.colum.1007.§.

præu-

reſeruatione exceptionum. Nam aliud eſt reſeruare exceptiones ad merita cauſæ, vel proceſſus: aliud reſeruate ad finem iudicij, ſeu ad tempus ferendæ ſententiæ diffinitiuæ. Nam pronuntiatio facta primo modo cum habet effectum, vt facta publicatione in cauſa, primus actus, qui debet expediri parte petente eſt, vtrum exceptiones reſeruatæ obſtent. Quandò verò reſeruantur in finem cauſæ, ſeu tempus ſententiæ, tunc examinantur in fine cauſæ prædictæ exceptiones, & ſi conſtiterit eo tempore exceptiones obſtare, totus proceſſus reditur nullus. Nam, vt rectè docet *Baldus conſ. 96. decreto cauetur, numero 4. volum. 1.* reſeruare exceptiones non eſt aliud, niſi reſeruare effectum ipſarum, *leg. ſi fideiuſſor 7. in principio, ff. qui ſatiſdare cogant.* Effectus autem earum erant impedire litis conteſtationem, & proceſſum cauſæ, vnde cum ex poſt facto appareat, litem non debuiſſe conteſtari, neque in cauſa procedi, per conſequens conſtat, quidquid factum eſt, non eſſe ritè, & rectè factum, quia conteſtatio non ritè facta pro nulla habetur, *Auth. offeratur, in fin. C. de litis conteſtat.* & quivis actus non ritè factus, cenſetur non factus, *l. quoties vitioſè 6. ff. qui ſatiſdare cogant.* Idem docent *Bart. in l. ille, à quo 13. §. ſi de teſtamento num. 5. Angel. num. 2. ff. ad Trebell. Iaſon in §. Præterea, num. 58. inſtitut. de action.* vbi alios allegat, *Maranta in prax. part. 6. d. tit. de exceptione, num. 15. Giurba deciſio, 21. num. 5.* qui limitat *num. 7. Triuiſanus deciſ. 2. num. 7. & 8. lib. 1. Salgado de Regia Protect. par. 2. cap. 18. num. 59. & 66. Muſcat. in prax. lib. 1. part. 5. gloſſ. reſeruatis, num. 26.*

29 Sed occurrit difficultas, an reſeruatis prædictis exceptionibus in tempus ſententiæ, debeat iudex in ſententia de illis facere mentionem, aut ante ſententiam ſuper illis ſpecificè interloqui, & an eatum omiſſio vitiet ſententiam? Reſpondendum eſt cum diſtinctione, nam aut reus inſtat: decidi exceptiones reſeruatas, aut non inſtat. Primò caſu ſententia lata, non deciſis exceptionibus reſeruatis erit nulla Secundo verò caſu erit valida, ſic reſoluit *Triuiſanus deciſ. 2. num. 8. cum ſequentibus, lib. 1. Giurba dict. deciſ. 21. num. 9. & 12. cum ſequentibus, Salgado de Regia Protectione, vi oppreſſorum 2. par. cap. 18. ex numer. 61.* Quoad primum caſum reſolutio videtur probari, *ex l. de qua re 74. in principio, ff. de iudicijs.* Certè iſti Doctores non probant, ſed quaſi certam deglutiunt. Quoad ſecundum eaſum reſolutio ex eo probatur, quia reus dum patitur, Iudicem ad ſententiam procedere, & non inſtar decidi exceptionem reſeruatam, videtur illi renunciaſſe, iuxta tradita à *Decio in l. res iudicata 208. nu. 4. ff. de regulis iuris, Craueta conſil. 140. num. 4. Aſſinio in praxi, §. 19. capit. 5. limitat. 12. Montero deciſ. 12. num. 56. Cancer Variarum reſolut. part. 1. capit. 20. ex num. 20. & 21. & part. 3. cap. 17. nu. 23. Gonzal. in regul. 8. Cancell. gloſſ. 66. ex nu. 38. Caſſart Barzio deciſ. 154. ex num. 8.* Nam omnia, quæ in iure diſponuntur in fauorem alicuius, intelligenda ſunt habere locum parte petente, & opponente, non ſecus dixi cum multis *priore titulo diſputat. 2. quæſt. 7. ſect. 1. numer. 797.* & præter eos tradunt *Rodericus Suarez in l. quonam in prioribus, ampliatione 10. n. 2. C. de inofficioſo teſtamento, Franchis 487. num. 9.* qui multos allegat.

30 Ego multum dubito de reſolutione primi caſus, quinimo crederem, validam eſſe iudicis ſententiam, qui ſpecificè non pronuntiauerit ſuper exceptione reſeruata, etiam ſi pars petierit, & inſtet pro ſpecifica determinatione ſed ſolum cauſam determinauerit prolata diffinitiua ſententia ſuper principali negotio. Quæ videtur eſſe ſententia *Maſcatelli in praxi libr. 1. 5. part. dicta gloſſa reſeruatis, num. 32.* imò vero & *Bartoli in leg. 1 numer. 6. 7. & 8. C. de ordin. iudicior. & in l. à procedente, num. 3. 4. & 5. C. de dilation. Baldi in dict. l. 1. ex num. 11. Pauli ibidem num. 8. & 9. & Angeli in l. quoniam, numer. 1. verſic. Attende tamen, C. ad l. Iul. de adulter. Menochij de arbitrar. libr. 2. centur. 2. caſ. 167. ex num. 4.* Et ratio eſt, quoniam dum iudex pronuntiat ſuper principali, non eſt neceſſarium commemorare expreſsè exceptionem oppoſitam, illam reprobando per ipſam ſententiam, vt illam videatur reieciſſe, ſed ſat eſt pronuntiare ſuper principali, nam ſic etiam cenſetur tacitè pronuntiaſſe ſuper exceptione, dummodo de illa planè cognouerit, & tunc ex ſententia oritur exceptio rei iudicatæ aduerſus prædictam exceptionem, vt multis confirmat, & probat *Gratianus diſceptat. foren. tom. 3. cap. 945. ex num. 13. Pacianus de probationibus libro 1. cap. 58. ex num. 63. Farinac. in praxi quæſtione 100. cap. 2. num. 89. & 90. Aſſiictis in Conſtit. Si ciuiliter agens, num. 11.* vbi limitat *Rubric. 20. lib. 2.* Et de iſto articulo, an ſententia lata in principali præiudicet incidenti, vide *Angel. Aretin. in §. præiudiciales, num. 1. inſtit. de action. Iaſonem ibi, numer. 26.* Cùm igitur iudex tacitè videatur pronuntiaſſe, proceſſus non vitiabitur, vt docuit *Bart. in dict. l. à procedente, num. 4. & in dict. l. 1. nu. 8.* vbi expreſsè loquutus de exceptione tranſactionis rei iudicatæ, & iuris iurandi, & ait, ſi opponantur in vim dilatoriam, & tanquam emergentes, eſſe de illis pronuntiandum, ſi verò in vim peremptoriam, & tanquam incidentes; ſatis eſſe pronuntiare ſuper principali, proponens verò quæſtionem, an omiſſio pronuntiationis ſuper emergenti exceptione vitiet proceſſum, remittit ſe ad dicta in prædicta, *l. à procedente,* vbi modo diximus, docet, non vitiare proceſſum prædictam omiſſionem, cùm iudex, qui de exceptione emergente cognouerit, per proceſſum ad vlteriora videatur tacitè ſuper illa pronunciare, eam reijciendo. Idem docet *Baldus in l. cum ciuili 3. numer. 2. Cod. de ordin. iudicior. & Paul. de Caſtro in l. qui prior 29. num. 3. in vltima oppoſitione, ff. de iudicijs.* A qua regula *Paul. de Caſtro in d. l. 1. num. 8. & 9.* ſolum excipit exceptionem dilatoriam in competentiæ iudicis, ſuper qua dicit expreſsè prenuntiandum, velatius diximus *hac eadem diſputat. numer. 8.* & vide quæ diximus *tit. 3. ſequenti, diſputat. 17, numer. 8.*

SVMMA DISPVTATIONIS Sextæ.

1 *DIſtinguuntur tres diuerſi caſus.*
2 *Non poteſt quis ſimul agere actione ciuili, & criminali, ſed quando vna, & eidem competunt debet eligere, qua agat.*
3 *Finito iudicio ciuili poteſt actor intentare criminale.*
4 *Quando actor agit ciuiliter, & reus accuſat, ſuperſedendum eſt in iudicio ciuili, & tractandum de criminali.*
5 *Huius regulæ nouem ampliationes, remiſſiuè.*
6 *In cauſa præiudiciali prius eſt procedendum.*
7 *Quid ſit, cauſam eſſe præiudicialem alteri.*
8 *Cauſa præiudicialis eſt quando tractatur de ſtatu perſonæ.*
9 *Cauſa ciuilis præiudicialis facit ſilere criminalem.*
10 *Cauſa maior facit ſuperſedere in minori.*
11 *Quando poſſit accuſatus recuſare, remiſſiuè.*
12 *Reo accuſato de diuerſis criminibus maiori, & minori, ob maiorem accuſationem non ſuperſedetur in minori.*
13 *Si reus accuſet actorem ciuilem de falſitate inſtrumenti, ſuperſedetur in cauſa ciuili, donec de criminali cognoſcatur.*

DISPVTATIO VI.

Vtrùm in concursu actionis ciuilis, & criminalis in iudicio vna praeiudicet alteri, & quae nam sit prius exercendas, & inter causas ciuilem, & criminalem, quae nam sit prius expedienda.

1 PRo explicatione huius disputationis tres casus principales distinguendi sunt. Primus est, quando vna, & eadem persona prius proponit actionem ciuilem, & postea vult proponere criminalem, aut e contra, prius criminalem, postea ciuilem, vel simul vult proponere actionem ciuilem, & criminalem, easque cumulare, cùm videlicet ex eodem facto oriuntur duę actiones in fauorem vnius, & eiusdem personę: vt oriuntur ex eodem furto condictio furtiua, quę est actio ciuilis ad recuperandam rem furtiuam, & actio furti ad poenam pro furto stabilitatem, *l. vltima, ff. de priuat. delict.* Et de hoc casu agit *text. in l. vnica, Cod. quando ciuilis actio crimin. praeiudicet.* Secundò potest contingere, vt ciuilis actio, & criminalis non proponatur ab vna, & eadem persona, sed diuersis, videlicet vt actor intentet actionem ciuilem, reus verò crimen obiiciat actori, quod duobus modis potest, contingere. Primò cum proponente actore actionem ciuilem reus proponeret contra actorem accusationem criminalem principaliter contra cernentem idem iudicium prius intentatum, vel non concernentem, sed penitus separatam. Verbi gratia, fingamus, actorem petere legatum ex testamento, vel codicillis, aut domum donatam ex instrumento donationis: reum verò insurgere contra actorem, accusando illum de falsitate testamenti, vel donationis, quę accusatio cognata est prędictę actioni, per actorem propositę, vel accusat actorem de homicidio, vel lęsa Maiestate, aut de alio delicto, quodcù actione proposita nullã habet connexionem. Et hic est secundus casus, de quo agit de iure communi *text. in l. vltim. Cod. de ordin. iudicior.* & de Regni Neapolitani *Constit. Si ciuiliter agens, libro 2. sub Rubrica 20.* Secundo modo potest accidere, vt reus non proponat contra actorem accusationem criminalem principaliter, sed obiiciat per modum exceptionis crimen, quod obstet eius intentioni. Verbi gratia, demus, actorem petere centum aureos sibi debitos causa mutui ex instrumento in actis pręsentato; reum verò excipere, instrumentum esse falsum, vel contractuum vsurarium. Et hic est tertius casus, de quo tractat *text. in l. cum ciuilis 3. Codicis de ordine iudicior.* de istis tribus casibus hoc loco à nobis agendum est, declarandumque; an, & quatenus in illis criminalitas impediat prosecutionem iudicij ciuilis, quę existimatur materia subtilis, difficilis, & implicata, & nimis confusè tractatur à multis.

2 Primo igitur casu, quando ex eodem facto oritur actio ciuilis, & criminalis in fauorem vnius, & eiusdem actoris, actor potest ab initio eligere, qua agere velit nõ enim potest simul duabus vti verum si eligit actionem ciuilem

uilem, non poteſt poſtea cumulare actionem criminalẽ, aut ſi intentauit criminalem, non poteſt poſtea intentare ciuilem: durante, in quam, primo iudicio, & non finito, & hæc concluſio habenda eſt pro regula. Quę probatur in l.2.§.hoc edicto, ff.vi bonorum raptor.l. interdum 4.ff.de publicis, iudic.leg.ex morte 3.iuncta gloſſ.ibi, C.ad l. Aquil. & in l.vltim.C.ad l.Cornel.de falſ. & in l.prima C.ad l.Flauiam de plagiar. & expreſſo textu in l.vnica, Cod.quando ciuilis act.crimin.præiudic. Eam ſtatuunt Bart.in d.l. Prætor 2. §.hoc edicto, in princip.ff.vbi vi bonorum rapit. & in d.l.vnic. num.3.4.& 5.C.quando ciuilis act.crimin.præiudic. vbi gloſſa 1.& in verb.Vtraque, Albericus ibi, num.11. Cynus numer.5.6.& 7.Angelus num.1. Salicet ex num. 3: & num.8. Scribentes in l.edita 3.C.de edend.vbi Cin.num.16.verſ.Tertium genus eſt, & verſic.In tertio genere, Bart.numer. 16.& 19.Roman.num.140.Vicomercatus num.120.& 146.Corneus numer.30.Gozadin.num.22.Butigella num.71.Iul.Clarus lib.5.ſentent.§.fin.quæſt.2.ex num.1.Theſaur.deciſ.18.ex num.3.Lancellot.de attentat.2.par.cap.4.limitat.23.nu. 24. Maranta in prax. 4.part.diſtinct.1. numer.19.Anton.Gomez tom.3.variar.cap.1.num.11.& cap.5.numer.4.verſ. Confirmatur, et verſic.Vnum tamen eſt, Paz in prax.tom.1.5.par. cap.3.in princip.num.31.et 32.Fachin. controuerſ. libr.9. cap.2.verſ.Primus caſus, Boſſis tractat.crimin.tit.de for.competente numer.122.et tit.de pluribus violentijs, numer.113. Natta conſ.138.n.1.tom.1.et conſilio 407.num.14.tom.2. Tuſcus liter.C.concluſ.1087.num.9.et 10. cum ſequent. vbi tamen confundit multos caſus, et concluſ.1095.nu.2. Riccius collect.409.Muſcatellus in prax. lib.1.part.3.gloſſ. actorem, ex num.36.Farin.deciſ.201.criminali, ex numer.1.volum.2.quę eſt apud Soccinum deciſ.123. & omnium optime idem Farin.in prax.crim.quæſt.100.capit.3.ex nu. 123. qui latiſſimè proſequitur, & prędictam regula illuſtrat tribus ampliationibus, & duodecim limitationibus; illam autem non vniuerſim procedere, ſed quandoque eſſe limitandam adnotauit Cuiacius obſeruat. lib. 20. cap. 25.et 26.

3 Dixi durante primo iudicio, et non finito, quoniam finito primo iudicio, ciuili, poteſt actor intentare iudicium criminale: & è contra finito criminali iudicio primum intentato poteſt intentare iudicium ciuile. Ita probat textus in l.damus licentiam 23.in principio, ff.ad l.Cornel.de falſ.et in l.1.C.ad l.Flau.de plagiar, et in l.quoniam ciuili 4. C.de ordin.iudicior.vbi Cinus in verſic. Secundò quæritur, et text.in d.l.vnica, C.quando ciuili actio, qui cuius caſus adducit ſex exempla, & ibi gloſſa, vltima, & Doctores latiſſimè proſequuntur. Tradunt Bart. in dict.leg. interdum 4. Albericus num.2.& 3.Angelus num.1.ff. de public. iudicijs, Ioannes Faber in l.1.num.1.Paulus de Caſtro num.2.C.de appellat.Boſſius tractat. crimin. tit. de pluribus violentijs, dict. num.113.Iul.Clarus lib.5.ſentent.§.fin.d.quæſt.2.num.7.Farin.d.quæſt.100.num.157.vbi numer.158. poſt Boſſium animaduertit, non dici finitum iudicium, niſi lata ſententia in rem iudicatam tranſitum fecerit, & ſit mandata executioni, & condemnatio exacta.

4 Secundo caſu principali, quando actor agit ciuiliter, reus verò poſtea proponit principaliter contra actorem accuſationem criminalem, dicendum eſt, cauſam criminalem principaliter intentatam efficere, vt ſuperſedendum ſit in cauſa ciuili prius cępta, & ſilere debeat iudicium ciuile, donec tractatur de criminali, & quouſque illud finiatur. Idque ob duas rationes. Primò ratione prę iudicij. Secundo ratione maioritatis. Nam cauſa criminalis maior eſt ciuili. Et hęc reſolutio habenda eſt pro regula. Eam probat apertè text.in l.quoniam ciuili, vltima, C.de ordin.iudicior. quę habet. Quoniam ciuili diſceptatione intermiſſa ſæpè ſit, vt prius de crimine iudicetur, quod (vt potè maius) meritò minori præfertur, ex quo criminalis quæſtio quocunque modo ceſſauerit, oportet eiuſdem cauſam velut ex integro in iudicium deductam diſtingui, vt finis criminalis negotij ex eo die, quo fuerit lata ſententia initium ciuili quæſtioni tribuat, vbi gloſſa verb. Sæpè ſit, verſ. Item hic erant, Cinus, Bart. Alber. Angel. Bald.num.1. Salicet. numero 1.Paul.num.1.Fulgoſ.in princip.& num.1.qui text.eſt canonizatus poſt cap.non eſt credendum 3.§. ciuili quæſtion. 3.quæſt.11.Idem probat text.notatu dignus in l.adulterij 33.Cod.ad.leg. Iul. de adult. & text.in l. per minorem 54. vbi notant omnes, & prę ſertim Paulus ex num.1. & num. 5.& in l.qui prior 29.ff.de iudic.item gloſſ.in leg.cum ciuili 3. verb.Tempore, C.de ordin.iudicior. & ibi notat Bart. in prima oppoſit.Salicet item in prima oppoſit.idem Cinus in l.vnica numer. 1.C.quando ciuil.actio crimin. præiudicet, vbi etiam Alberic.num.1. iterum Cinus in l.1.num. 17.C.qui accuſat. non poſ.Vicomercatus in repet.l.edita, num.125.C.de edend. Ancharran.conſ.62.num.1.in fin.cum num.2.3.& 4.Afflict. in conſtit.Si ciuiliter agens, numer.1.libr.2.Rub.20.& deciſ. 103.num 2.& deciſ.229.num.1.& 3.Iul. Clarus lib. 5.ſententiar.§.fin.quæſt 2. numero 4. & ad eum Baiard, Capic.deciſ.25.numer.1.Grammat.deciſ.60.num.23.& 24. Merlin. deciſ.51.num.1.& 2.Hieron.de Laurentijs deciſ.10.ex num. 3. Maſtrill.deciſ.220.num.1.Cæſar. de Graſſ.deciſ.93. alias deciſ.3.de except.num.1.Puteus deciſ. 93. agebat Alexand. num.1.lib.1.Farin.in prax.crim.quæſt.100.cap.2.num.59.& conſ.199.ex num.1.& ex num.14.lib.3.Tuſc.lit.C.concluſ. 1087.num.1.& 9.cum ſequent.Azeued.in l.2.num.57.titul. 10.lib.7.Recopilat.Trentacinquius variar.reſolut.lib.1.tit. de iudicijs, reſolut.7.ex numer.1.Muſcat.in prax.lib. 1.part.3. gloſ.actorem, num.28. Maſtrillus deciſ. 220. num. 1. Faber. diffinit. 1.tit.18.lib.9.Cod.

5 Huius regulę nouem ampliationes congeſſit Farinac. d.quæſt.100.capit.2.ex num.60.quę à nobis erunt breuiter percurrendę, nè quid, quod ad hanc rem ſatis implicatam attinet, deſiderari poſſit.

6 Amplia primò prędictam regulam, & illam declara, vt procedat abſque dubio, cùm cauſa criminalis eſt prę iudicialis ciuili, vel cùm ſe non compatiuntur, vel cùm abſorbet ciuilem, vel cum eſt excluſiua iuris agentis ciuiliter, quibus diuerſis modis ſignificatur à Doctoribus prę iudicialitas cauſarum inter ſe. Hoc enim caſu concurrentibus duabus quęſtionibus, & cauſis, ſiue vna ſit ciuilis, & alia criminalis, ſiue ambę ciuiles, ſiue ambę criminales, ſi vna ſit prę iudicialis alteri, procedendum eſt in ea, quę eſt prę iudicialis, & in alia ſuperſedẽdum, iuxta communem Doctores ſententiam. Ita ſentit Cinus in leg. 1.numer.15.verſic. Præterea quotieſcunque, & num. 17. C. qui accuſ.non poſſunt. Angelus in l.qui prior 29.num. 2.ff.de iudicijs, Ancharran.conſil.62.numer.1. Craueta conſil.280. num.1.& 2.Natta conſil.132.num.1.& num.24.verſ. Reddetur etiam, tom.1. Hieronymus Giacharus ad Iulium Clarum lib.5.ſent.§.fin.quæſt.1.num.1. ad verbum, Ciuilis, vel criminalis, Lancellotus de attentatis, par.2.cap.4.limit. 23. nu. 21.cum ſeqq.Puteus deciſ 93.Agebat. Alexander numer.1. lib.1.Farin.d.quæſt.100.num.60.Pacianus de probationibus, lib.1.cap.58.num.73.

7 Quando vero vna cauſa dicatur alteri prę iudicialis explicant Doctores aſſerendo diuerſa exempla cauſarum, quod idem fecit Imperator in §.præiudiciales, inſtit. de actionibus, ſed non tradunt difinitionem cauſarum prę iudicialium. Non ineptè autem definiretur cauſa prę iudicialis ſic. Prę iudicialis cauſa illa eſt, quę ex natura ſua

præiudicialium. Non ineptè autem definiretur causa præiudicialis sic. Præiudicialis causa illa est, quæ natura sua postulat, vt prius de illa iudicetur in concursu aliarum. Hæc enim definitio omnia exempla comprehendit, & omnibus adaptari potest. Et planè videatur tradi à *Balduino in dict. §. præiudiciales, num. 1. & 2. instit. de action.* & colligitur ex traditis ibidem à *Iasone ex numer. 1. Angelo Aretino numer. 3. 9. & 10. Ioan. Fabro numero 3. & 9. Gomez numero 1. Caluino in lexico, verbo, Præiudiciales actiones, & verbo, Præiudicium 1. 2. 4. & 5.* Exempla afferuntur *in dict. §. Præiudiciales, & à Paulo Castrens. in l. per minorem 54. ex numer. 2. ff. de iudicijs, & cons. 267. in facto, num. 3. volum. 1. à Craneta dict. consilio 280. num. 1. & 2. & Farin. dict. quæst. 100. ex numer. 78. num. 84. & ex num. 128.* Et vt accedamus ad species, & exempla, illa causa est alteri præiudicialis, in qua sententia lata parit præiudicium in alia: ita prima definita, amplius in alia procedi non possit, quia illam absorbet, & silere facit, & totum ius illius tollit, & excludit. Verbi gratia, si agenti petitione hæreditatis moueatur quæst. libertatis, prius tractatur causa libertatis, & interim silet iudicium petitionis hæreditatis; quia lata sententia super libertate declaranto eum, qui hæreditatem petit, liberum non esse, parit præiudicium in causa hæreditatis, cùm non possit esse hæres, nisi sit liber, *l. si quis libertatem 7. ff. de petitione hæreditate, l. liber. 3. Cod. eodem titulo*. Item agit quis tanquam hæres petitione hæreditatis, cõtra ipsum verò agitur, quòd prohibuerit defunctum testari, & ob id priuandus veniat hæreditate; prius cognosci debet de ista prohibitione testandi, & interim silere iudicium petitionis hæreditatis, ratione præiudicij, nam si constet de prohibitione testandi, frustra tractabitur de petitione hæreditatis, *l. 1. & 2. C. si quis aliquem testar. probib.* Item, si quis agat ex testamento, vel instrumento donationis; contra verò aduersarius accuset actorem de falsitate testamenti, vel instrumenti donationis, causa falsitatis erit præiudicialis *vt in leg. si testamentum 6. ff. de petit. hæred.* vbi notat *Bart. in summario*. Alio modo dicitur præiudicialis causa criminalis comparatione ciuilis, videlicet ob maioritatem, maior enim est causa criminalis causa ciuili, & ob id prius tractanda, vt notat Doctores *in l. qui prior. 29. & in l. per minorem 54. ff. de iudic.* & apertè docet *text. in d. l. quoniam ciuili 4. C. de ord. iudicio*, ibi: *Petrus de crimine iudicetur, quod vtpotè maius, meritò minori præfertur*. Et ob eandem rationem idem fit in alijs causis, quæ ob auctoritatem maiorem, & præeminentiam minoribus præferuntur, & eas silere faciunt, *vt in l. vltima. C. de petit. hæredit. & in l. 3. §. cum extaret. ff. de Carbon. in edict.* notat *Ancharranus dict. cons. 62. num. 3. & Paulo de Castro in dict. l. per minorem, num. 2.* explicans, qualiter vna causa dicatur maior altera, ait, omnia exẽpla Glossę eò tendere, vt vna causa tunc dicatur maior altera, quando se inuicẽ contingunt, & vna est alteri præiudicialis, quasi maioritas non sit aliud, quam prioritas, & prælatio, quoad ordinẽ, nam potior, & maior videtur ea causa, quæ ex natura sua petit, vt præcedere debeat. Tribus autem modis docet præiudicialitatem causarum posse contingere. Primò, quando vna est vniuersalis, vt petitio hæreditatis; altera particularis, vt petitio certę rei hæreditatis. Secundò, quando vna est causa status, alia pecuniaria, quod inferius magis declarabimus. Tertiò, quando vna est de re principali, vt de dominio rei, altera de accessionibus, vt de fructibus, vel seruitute. Adicit ibidem *Paulus num. 5. 6. & 7.* alios modos, quibus vna causa dicitur maior altera, etiam si se inuicem non contingat. Primò, quando vna causa est ciuilis de vna re: altera est criminalis de altera, nam criminalis dicitur maior, scilicet maioris præiudicij: & ita intelligit *d. l. vltim. C. de ord. iudicior.* Item ratione ordinis potest esse maior, *vt in l. vt debitum 5. C. de hæredit. action.* & in petitorio, & possessorio, *vt in l. si de vi 37. ff. de iudicijs, & in l. 1. C. de appellat. Vicomercatus autem in repet. l. edita, num. 125. C. de edendo*, ad quatuor modos reducit maioritatem vnius causæ comparatione alterius, imitatus *Bart. & Angel.* quos nos allegauimus *in d. l. per minorem*.

8 Proculdubio verò causa præiudicialis est illa, in qua tractatur de statu personæ, an inquam, sit seruus vel libertus, aut ingenuus, filius familias, vel solutus patria potestate, nam de hac causa prius, & ante omnia tractandũ est, *l. 1. & per totum tit. C. de ord. cognit. l. quoniam Alexandrum 26. C. ad l. Iul. de adul.* Item simili modo quælibet aliæ quæstiones, quæ ex sui natura postulant, vt prius definiantur, pręiudiciales sunt, *vt in l. Præses 8. C. ad l. Flauiam de plagiar. in l. fundum 16. l. fundi 18. l. res maioris 21. ff. de except. capit. 1. de ordin. cognit.* ibi: *Cùm exceptione probata quæstio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur*. Notat *gloss. 1. ibid.* De iure Castellę est *text. in l. 5. tit. 10. p. 3.* & ibi notat Gregorius idem igitur quod de exceptionibus, de actionibus dicendum est.

9 Amplia secundò, vt sicut causa criminalis post ciuilem intentata facit supersedere ciuilem; ita ciuilis pręiudicialis intentata post criminalem facit criminalem supersedare, & prius de illa cognoscendum est, quam de criminali primo loco intentata. Nam quamuis criminalis sit maior ciuili, vt dixi *num. 7. & 8. præcedentibus*, pręiudicium tamen maiorem vim habet, & pręstat fortius impedimentum, quàm maioritas. Ita probat *text. in l. 1. C. de appellat. & in d. l. quoniam Alexandrum 26. C. ad l. Iul. de aduls. & in leg. Præses 8. C. ad l. Flau. de plagiar* notat *glos. in verb. Sæpe, in d. l. vlt. C. de ord. iudic. Angel. in dict. l. quoniam, numer. 1. C. ad l. Iul. de adult. Cumanus in leg. interdum, nu. 1. & 4. ff. de publ. iudic. Vicomercatus in repet. l. edita, num. 125. C. de edendo, Craueta cons. 280. num. 2. vers. Et adeò, Natta consil. 138. num. 3. 26. & 27. lib. 1. Afflicti in Const. Si ciuiliter agens, numer. 2. & 3. lib. 2. Rub. 20. Trentacinquius variar. resol. libr. 2. tit. de iudicijs, resolut. 7. num. 8. Farin. d. quæst. 100. ex num. 61. ad 64.* nam ampliatio tertia, quam tradit *numer. 62. & 63.* includitur sub hac secunda *Gratian. discep. forens. capit. 394. numer. 25. 26. & 27.*

10 Amplia tertiò, vt quemadmodum causa criminalis suspendit cursum causę ciuilis antea motæ, ita pariter si vtraque causa fuerit criminalis, vna videlicet proposita ab vno ex litigantibus, altera ab aduersario, & secunda maior, supersedendum est in prima, donec discutiatur secunda. Ita sentit *Salicetus in dict. leg. vltim. in 4. oppositione, versic. Et idem si vtraque esset criminalis, Cod. de ordine iudicior. Paulus de Castro in leg. qui prior. 29. num. 3. ff. de iudicijs. Farin. dict. quæstion. 100. numer. 64.* Videtur autem probari hæc ampliatio. Primò ex verbis *dict. leg. vlt.* ibi: *Quod vtpotè maius merito minori præfertur*, quandocunque igitur crimen maius est, faciet vt cognitio de minori crimine suspendatur, donec de ipso fuerit cognitum. Secundò videtur esse probari ex *dict. leg. per minorem 54. ff. de iudic.* ibi: *Maior, enim quæstio minorem causam ad se trahit.* Tertiò ex *textu in leg. prima, C. qui accusar. non possunt*. Quartò apud Hispanos ex *l. 4. tit. 10. par. 3.* & ibi notat glos. 2.

11 Quando autem possit esse verum, causam crimina-

lem

lem propoſitam ab vna parte, ſuſpẽdere aliam criminalem prius ab altera parte intentatam, ſeu quando poſſit accuſatus ſuum accuſatorem reaccuſare, vel quando habeat locum recõuentio criminalis in cauſa criminali, tractatur à Doctoribus in *l.1. & in l.negandæ 19. C. de iis, qui accuſ. non poſſ. & in l.is, qui reus 5.* vbi latè *Ioannes Imola ff. de public. iud. Marian. Socin. in cap. 1. ex num. 64.* latiſſimè *de mutuis petition. Maranta in prax. 4. part. diſtinct. 6. ex num. 56. Caravita ad Ritum 197. ex num. 1.* iuxta textum ibi, *& in Ritu 193. Farin. in prax. quæſt. 12. num. 23. Iul. Clar. lib. 5. ſent. §. fin. quæſt. 14. ex num. 12. Decian. tractat. crimin. lib. 3. capit. 24. Afflict. in d. Conſt. Si ciuiliter agens*, per textum ibi De iure Caſtellæ *ex textus in l.4. tit. 1. par. 7.* vbi latè *Gregorius per omnes Gloſſas*, maximè *gloſſ. 3. & 4. & in l.4. tit. 10. part. 3.* vbi idem *Gregorius gloſſ. 2. Azeuedus in leg. 2. ex num. 55. tit. 10. lib. 8. Recopilat.*

12 Quid verò dicendum ſit, ſi à duobus accuſatoribus proponantur duæ cauſæ criminales contra eundem reũ, an maior, ſeu de maiori crimine, faciat, vt ſuperſedeatur in minori? Reſponde negatiuè ex optimo *textu in l.ſi cui 7. §. cùm ſacrilegium, ff. de accuſatio.* Vbi accuſato reo de maiori crimine poſt accuſationem de minori, prius finiendus erat proceſſus de minori, quàm tractaretur cauſa criminis maioris, & ibi notat *Bart. in ſummario, Gemma deciſ. 52. & ad eam Flores de Mena*, vide quæ dixi circa iſta *priore titulo, diſputatione 2. quæſtione 7. ſectione 2. num. 815.* Et quamuis verum ſit, prædictum textum loqui, cùm crimina illa maius, & minus obiecta erant vni, & eidem reo coram diuerſis iudicibus, videtur tamen idem dicendum, quamuis duo illa crimina coram vno, & eodem iudice proponerentur. Imprimis, quoniam non facilè redderetur diuerſitatis ratio. Deinde efficacius, quoniam ſi cauſa de maiori crimine eſſet prius tractanda, cum reus de duobus criminibus accuſatur, inde fieret, accuſatorem minoris criminis ſæpius remanſurum, ſine ſatisfactione iniuriæ ſibi illatæ, per crimen minus graue, & reum impunitum euaſurum de minori crimine ob crimen grauius commiſſum, contra *textum in l. nunquam 2. in principio, ff. de priuatis delict. nunquam* (ait Vlpianus) *plura delicta concurrentia faciunt, vt illius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam.* Conſequentia autem ex eo probatur, nam ſæpius contingit, vt pœna grauioris criminis ſit capitalis, quia impoſita, nulla alia poſſet imponi ob crimen leuius, & prior accuſator maneret deluſus, & ſine ſuæ iniuriæ ſatisfactione. Conuenientius eſt igitur, priùs agi de crimine minori, & de eo puniri reum, poſtea verò de crimine grauiori, nè poſterioris criminis pœna impediat primam, & reus ex perpetratione criminis grauioris conſequatur impunitatem leuioris. Ideò *in l. qui de crimine 9. tamen, Cod. de accuſatio.* ſtatuitur, vt cùm reus apud eundem iudicem de pluribus criminibus accuſatur, iudex ſuper vtroque crimine audientiam accommodet, nec liceat illi ſeparatim de vno crimine ſententiam proferre priùs quàm pleniſſimè ex animatio ſuper altero quoque crimine fiat. Qui textus quamuis agat de caſu, quo ex eodem facto plura crimina naſcuntur, tamen *Gloſſa ibi verbo, Si tamen ex eodem facto*, maiori cum ratione exiſtimat, locum habere, ſi crimina plura ex diuerſis factis oriantur. Et *Angelus in leg. cum ciuili, C. de ordin. iudicior.* docet duas accuſationes de diuerſis criminibus ab eodem, vel diuerſis accuſatoribus propoſitas contra eundem reum, ſe non impedire, ſed ſuper vtraque eſſe procedendum.

13 Ex prædictis infertur primò ſi reus accuſet actorem de falſitate inſtrumenti, per ipſum producti in cauſa ciuili contra ipſum agitata, eſſe ſuperſedendum in cauſa ciuili, & proſequendam cauſam falſitatis, antequam in ciuili procedatur. Ita ſentit *Paulus Caſtrenſis in l. vltim. num. 2. de ordin. iudicior. Salicetus in l. ſi docueris 9. numer. 1. Cod. ad l. Cornel. de falſis, Afflictis in dict. Conſtitut. Si ciuiliter agens numer. 1. Maranta in prax. part. 6. titulo de incidenti criminali, ſeu duodecimo actu, num. 1. Barbatia conſil. 43. num. 7. verſic. Venio nunc ad aliam dubitationem, cum numeris ſequentibus, lib. 1.* vbi dicit, hanc eſſe concluſionem veram, & indubitatam *Trentacinquius variarum reſolution. libr. 2. tit. de iudiciis, reſolut. 7. num. 2. Maſtrillus deciſ. 210. num. 3. Farinac. in praxi, dict. quæſt. 100. numer. 66.* qui pro eadem ſententia refert Bellaperticam, & Odofredum, *Paulus Æmilius Verallus deciſ. 274. numer. 1. & 2.* vbi dicit, executionem retardari debere obiecta falſitate inſtrumenti, idque probat textus expreſſus, *in l. vltima, C. ſi ex falſ. inſtrument.* ab ipſo non allegatus. Allegat tamen Bart. & Caſſador. pro ſua ſententia, Vtrumque falſo, nam nihil tale dicunt, atque ita refert deciſum in vna cauſa Ferrarienſi. Ergo multo magis id efficiet falſitas oppoſita criminaliter. Ratio huius illationis eſt eadem, quæ regulæ ſuperius traditæ. Prima, quoniam tam exceptio, quàm accuſatio falſitatis inſtrumenti eſt præiudicialis cauſæ ciuili, cum ſententia lata de eius falſitate obſtet ſententiæ in cauſa ciuili ferendæ. Secunda, ob maioritatẽ, & præeminentiam, ratione cuius cauſa criminalis præcedere debet ciuilem, *l. adulterii 33. C. ad l. Iul. de adulter. & dict. l. vlt. C. de ordin. iudicior.*

14 Secundò infertur, ſimili modo ſi reus in cauſa ciuili accuſet actorem, ſeu teſtes eiuſdem cauſæ de falſo, & ſubornatione, ſuperſedendum eſſe in cauſa ciuili, donec peragatur cauſa criminalis, ob rationes ſupra commemoratas. Ita ſentit *Bart. in l. Diuus 4. §. Diuus Adrianus num. 3. & in l. ſi teſtamentum 6. num. 6. ff. de petit. hæredit. Panor. conſil. 16. num. 3. 2. par. Ancharran. conſil. 61. numer. 1. verſ. Item ſi accuſatus, Afflictis in dict. Conſtit. Si ciuiliter agens, num. 16. & 17. & in deciſ. 103. num. 2. & deciſ. 229. num. 1. 2. & 3. Grammatic. deciſ. 60. num. 23. & 24. & ad eum locum Addentes Petra, & Didacus de Mari, Capicius deciſ. 25. num. 1. Maſtrillus deciſ. 220. numer. 3. Muſcatellus in prax. ciuili, lib. 1. part. 6. gloſſ. termino, num. 4. in fin. Boſſius tract. crimin. titulo de foro competenti, numer. 123. cum 124. & titulo de falſis, numer. 111. Iul. Clarus libr. 5. ſentent. §. fin. quæſt. 2. numer. 4.* vbi ait, ita concludere communiter Doctores *Lancellotus de attentatis 2. part. cap. 4. limitat. 23. num. 8. & 9. Farinac. in prax. dict. quæſt. 100. num. 67. Trentacinquius variar. reſolut. lib. 2. tit. de iudiciis, reſolut. 7. num. 2. verſ. In prima nota.*

15 Tertio infertur, ob eaſdem rationes, ſi in iudicio criminali reus proponat contra ſuum accuſatorem, & teſtes ab eo productos accuſationem, falſitatis ſuperſedendum eſſe in cauſa criminali principaliter intẽtata, & procedendũ in cauſa incidenti à reo poſterius mota. Etenim iſta ſecunda cauſa præiudicialis eſt primæ. Si enim ſententia lata propter deteſtatam falſitatem teſtium, & inſtrumentorum, quibus nitebatur, reuocatur, *l. 2. & 3. C. ſi ex falſis inſtrument.* multò maiori cum ratione differetur ſententia donec cognoſcatur, an teſtes examinati ſint falſi, dicam *infra numer. 29.* Quemadmodum ob eandem rationem ſuſpenditur executio iudicati, *l. iudicati executio vltima, C. eodem titulo ſi ex falſ. inſtrument.* Ita ſentit *Cinus in l. 1. numer. 17. C. quia accuſat. non poſſ. Paulus in leg. qui prior 29. numer. 3. verſ. Idem videtur, ſi non eſſet maior, ff. de iudiciis, Ancharranus conſil. 62. numero 1. verſic. Item ſi accuſatus de homicidio, Angelus de Maleficiis, verbo, Com-*

parent dictis inquisiti, & quilibet eorum, num. 20. & ad eum locum Augustinus Ariminensis, vbi multos antiquos allegat, *Barbatia dict. consil. 43. num. 10. libr. 1. Farinac. dict. quaest. 100. num. 68. Mastrill. decis. 220. num. 3.* Quae tamen illatio ita intelligenda est, vt procedat, quando falsitatis accusatio proponitur coram eodem iudice, coram quo causa principalis accusationis agitur, nam non esset permittendum, vt reus coram vno iudice accusatus proponeret accusationem falsitatis contra testes in eo iudicio productos; coram diuerso iudice, alioqui diuideretur continentia causae, si reus in vno Tribunali causam suae defensionis prosequeretur, in alio autem vellet causam emergentem aduersus suum accusatorem agitare. Illud certum est apud omnes, quoties reus vult reconuenire criminaliter suum accusatorem, id apud eundem iudicē debere facere, vt tradunt *Bartol. in Authent. consequenter num. 7.* iuxta textum ibi, *C. de sentent. & interloqut. omn. iudic. Innocentius in cap. 1. num. 4. in fin. Butr. num. 12. vers. Prima est dubitatio, Marianus Socinus num. 84. colum. 3. vers. Et praedicta procedunt de mutuis petition.*

16 Amplia quartò regulam, & resolutionem praedictam, vt tam verum sit suspendendam esse causam ciuilem, dum tractatur criminalis, vt criminaliter accusatus non possit conuenire, aut reconuenire ciuiliter suum accusatorem. Ita sentit *Bart. per textum ibi in l. 2. §. Sed si agant, ff. de iudicijs*, & idem videtur sentire *in l. edita 2. num. 16. C. de edendo, & in Authent. & consequenter, numer. 7. vers. Nam causa criminalis, & numer. 10. Cod. de sentent. & interl. omn. iud. Angelus in l. qui prior 29. num. 2. vers. Quandoque vna quaestio, ff. de iudicijs, Romanus, in dict. leg. edita, num. 135.* consentit *Alexand. in l. reum criminis 6. numer. 2. et ibi Fulgos. num. 1.* qui allegat *Bart. Cod. de procurat. Salicetus in leg. vltima, vers. Sed glos. nostra, C. de ordin. iudicior.* Vbi refert pro hac sententia Odofredum, & Cynum, qui dicit, ita tenere communiter Doctores, *Iulius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quaest. 2. num. 5.* qui ait hoc probari *ex d. l. vlt. C. de ordin. iudic.* & ita concludere omnes. Sequitur *Farin. dict. quaest. 100. num. 71.* Mouentur ea ratione, ne propter litem ciuilem, qua a suo reo impetitur, accusator distrahatur à prosecutione iudicij criminalis, in quo vertitur publicum interesse, ne scilicet delicta remaneant impunita; *l si ita vulneratus 52. §. aestimatio, vers. Quod si quis, ff. ad leg. Aquil.* Praesumit enim lex, non posse simul quem, & prosequendae accusationi attendere, & defensionibus suis in causa ciuili, *l. vlt. §. Nec sit concessum, C. de assessor. et domest.* ibi: *Neque enim facile credendum est duobus necessarijs rebus sufficere*. Verum quoniam haec ampliatio contradictores habet, vt dicemus inferius numer. 21. vbi sententiam nostram aperiemus.

17 Amplia quintò, vt quemadmodum non potest reus accusatus reconuenire ciuiliter suum accusatorem nec sic conueniendo ipsum retrahat à prosequendo iudicio criminali accusationis, sic è contrario accusatus non poterit conueniri ciuiliter ab accusatore, ne sic conuentus à suis defensionibus auocetur. Ita sentit *Bart. in l. edita, num. 16. C. de edendo*, vbi ait proposita inter duos actione criminali, nullum aliud iudicium posse inter eos agitari, etiam ex causis poenitus separatis, & hac ratione maioritatis, quod existimat probari *ex textu in dict. l. per minorem 54. ff. de iudicijs, in l. vlt. C. de ord. iudic.* Bartolum sequitur *Fulgos. in eadem l. edita, numer. 11. Iul. Clarus lib. 5. sent. §. fin. q. 2. num. 3. Farinac.* qui alios allegat, *d. q. 100. nu. 73.* & creditur esse communis opinio.

18 Contra hanc ampliationem quinimò non impediri accusatorem, quominus possit proponere actionem ciuilem, etiam si intentauerit contra eundem reum iudicium criminale, sentit *Decius in d. l. edita, num. 67.* Pro qua sententia allegat *textum in l. rerum amotarii. actio ob adulterij 17. ff. de action. rerum amotar.* & sententia est satis probabilis, vt constabit ex dicendis inferius *num. 20. cum sequentibus*.

19 Regulam autem suprà traditam non vniuersim sequendam, sed aliquando deficere, & non procedere, satis indicat ipse textus, qui illam tradit *in dict. l. vltima, C. de ord. iudicior.* dum ait. *Sapè vt prius de crimine, &c. sape*, quasi non semper, vt ibidem notauit *Gloss. verb. Sapè sit.* Ideo eam limita primò, vt procedat, & tunc sit supersedendum in causa ciuili, donec sit cognitum de criminali quando interest conueniri, vt supersedeatur; alias autem secus. Hanc limitationem tradit *glossa prima magna*, ibi: *Item nec cohaeres, quia vtrique expedit, non differri iudicium liberale in l. si quis libertatem 7. in princip. ff. de petit. hared. & glossa*, quae clarius loquitur *in leg. 1. verb. Differri, C. de Carbon. edict.* vbi *Bartolus num. 2. Salicet. num. 2. Angel. in l per minorem 54. num. 2. ff. de iudicijs, Rubeus cercatus in rep. l. edita, num. 126. C. de edendo, Farin. d. q. 100. num. 111.*

20 Limita secundò, vt procedat quando causa criminalis est praeiudicialis ciuili: secus si causa criminalis non sit praeiudicialis, sed vna sit cum altera compatibilis; Verbi gratia, si te agente contra me ad mutuum restituendum, ego te accusarem de homicidio, quae est causa separata, & nullo modo causam praedictam ciuilem contingens, tunc enim procedendum est in vtraque causa, & non supersedendum in causa ciuile. Hanc limitationem tradit *Irnerius*, seu *Guarnerius*, glossator antiquus, quē retulit, *Accursius*, quamuis ab eo discesserit *in leg. vltima, verb. De crimine, C. de ord. iud.* Eam tamen sequuntur *Iacobus Butrigarius ibi, & Baldus, & Paulus Castrensis, num. 2. & num. 3.* ait, hanc limitationem esse magis rationabilem, etiā si contraria sententia sit magis communis, *Angelus, in leg. 2. C. eodem tit. Decius in l. edita, num. 67. C. de edendo, Natta cons. 138. numer. 7. Caesar de Graffis decis. 92. num. 2. cum seqq.* quae est *3. de exceptionibus, Rota diuersorum, decis. 133. lib. 2. 3. par. Puteus decis. 93.* agebat *Alexander ex num. 7. lib. 1.* vbi ait, quamuis Salicetus *in d. leg. vltim* dicat opinionem huic limitationi contrariam esse communem, stantibus tamen authoritatibus Doctorum eam amplectentium non facile discerni, quae nam sit cōmunis opinio. Et *Angelus in eadem l. vlt.* quamuis dicat, illam esse ampliandam, etiam ad eum casum, quo causae inuicem non sint praeiudiciales, tamen asserit, id de consuetudine non seruari. Ex quo planè fit, hanc limitationem esse praxi receptam. Quod confirmat *Farin. dict. q. 100. num. 77.* dicens in omnibus Vrbis Tribunalibus, & in Signatura iustitiae passim esse receptam, & ab ea in iudicando, & consulendo recedendum non esse. Idem repetit *num. 85.* Probat hanc limitationem, Baldus vbi supra, quia quod non operatur sententia lata, non debet operari pendentia processus, *l. sed si ante 17. ff. de exception.* Sed lata sententia in iudicium criminali potest actor regredi ad iudicium ciuile in causis separatis, *ex text. in d. l. vlt. C. de ord. iudicior.* Ergo etiam pendente iudicio criminali potest prosequi iudicium ciuile.

21 Contrariam tamen sententiam huic limitationi, quinimò supersedendum esse in causa ciuili, quando reus proponit contra actorem accusationem criminalem, etiā si causae sint poenitus separatae, & se non contingentes, ac per consequens vna alteri non sit praeiudicialis, sentiūt *glossa in d. leg. vlt. Cod. de ord. iud. verb. De crimine, & ibi Cynus*,

nus, Sallicetus: ex oppositione 5. vsque ad finem, vbi dicit hãc opinionem communem. Item gloss. 1 in fin. in l. interdum 4. ff. de public. iudicijs, & ibi Imola n. 2. vers. In eadem gloss. in fin. Bart. in l. edita, nu. 16. C. de edendo, & in leg. Prætor 2. §. hoc edicto, nu. 1. vers. Videte Domini, & vers. Prohibetur etiam concursus, & ibid. Ang. n. 3. ff. vi bon. raptor. idem Angelus in l. qui prior 29. n. 2. vers. Quandoque vna quæstio, et ibi Paulus num. 3. ff. de iudicijs, Albericus in l. vnica num. 11. circa fin. versicul. Tertio casu, Cod. quando ciuilis actio, Vicomercatus in repet. dict. l. edita, nu. 125. vers. Quarto modo, Cod. de edendo. Ancharran. consil. 62. num. 3. Iul. Clarus lib 5. sentent. §. fin. quæst. 2. numer. 5. Trentacinq. var. resol. lib. 2. tit. de iudicijs, resol. 7. num. 2. circa medium. Et hæc sententia est conformis ampliationib. quartæ, & quintæ de quibus suprà num. 16. et 17. dictum est. Videtur autem apertè probari ex textu in d. l. vlt. C. de ord. iudicior. vbi reddens rationem Imperator, cur in causa ciuili supersedeatur intẽtata criminali, non considerat præiudicium illatum vni per alteram, sed solam maioritatem. Nam ideò dicit supersedendum in ciuili, quia criminalis est maior. Idque confirmari videtur ex dict. l. per minorem 54. ff. de iudicijs, iuxta communem interpretationem.

22 Ad argumentum verò Baldi, quo prædictam limitationem probat, facilè respõdetur, negata maiori propositione, magis enim operatur pendentia processus, hac in re, quàm sententia lata. Quoniam litis ciuilis pendentia facit, vt reus retrahatur à prosequenda accusatione proposita contra actorem, & intentus suis defensionibus in lite ciuili impediatur actitare iudicium criminale, quod publicè interest exitum habere, vt cõsiderabamus suprà ampliat. 4. num. 16. quod non contingit post latam sententiam, qua pronunciata manet liber, & expeditus, vt possit liti ciuili attendere, & se defendere, quod planè indicat textus ipse in dict. leg. vltima, Codic. de ordin. iudicior.

23 Quod si inter has sententias iudicium nostrum requiras, credimus, istam secundam esse rigori iuris conformiorem, verum priorem secunda limitatione contentam vsui magis accomodatam, quam vtilitas publica, quæ in breuiandis litibus versatur, iuxta l. properandum 12. in princip. & ibi notata à Doctoribus C. de iudicijs, & tollendis impedimentis eas differentibus in praxim paulatim introduxit, iuxta adnotationem Angeli in leg. qui prior. 29. nu. 2. ff. de iudicijs, & in l. 1. numer. 5. C. de calumniatorib. Cui quamuis Barbatia consil. 43. num. 11. libr. 1. dicat non esse credendum, ei fidem adhibent, eumque sequuntur Anania in capitul. 1. numer. 10. de calumniatorib. Socinus consil. 118. num. 1. in fin. cum num. 2. volum. 1. Afflict. in Constit. si ciuiliter agens, num. 2. Rubrica 20. libr. 1. Iulius Clarus lib 5. sentent. §. fin. quæstion. 14. numer. 12. circa medium, & Farinac. in prax. dict. quæst. 100. num. 75. 91. & 92. qui non sunt inferioris authoritatis, quàm Barbatia.

24 Limita tertiò, vt causa criminalis faciat supersederi in ciuili, quoad illius expeditionem, & sententiam: non autem quoad prosequutionem, processus. Potest enim procedi in causa ciuili simul cum criminali, verum non debet expediri causa ciuilis, nisi prius fuerit expedita criminalis. Hanc limitationem tradit Afflict. decis. 103. vbi refert sic decisum in S. C. eum sequuntur Capicius dec. 25. numero 1. & 2. qui refert sic vocatum, & rectè expendit verba Cyni, Bartoli, & Baldi, Grammatic. decis. 60. num. 23. & 24. Iul. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quæst. 2. numer. 4. Farin. in prax. d. quæst. 100. nu. 93. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de iudic. resol. 7. num. 3. Gratian. discept. Forens. tomo 2. cap. 394. num. 30. Mastrill. decis. 220. num. 8. Et sententia contraria secundæ prædictæ limitationi si ad istam reducatur, minus erit dubitabilis.

25 Limita quartò, vt non sit suspendenda causa ciuilis intentata postea criminali, quando constiterit, accusationem proponi cum dolo, & malitia, solum eo fine, vt suspendatur causa ciuilis, ita tamen vt malitia sit clara, & patens, non præsumpta, iuxta regulam, leg. qui sententiam 16. in fin. C. de pœnis. Hanc tradit Cynus in l. 1. num. 16. Baldus num. 52. Salicet. num. 17. C. de ijs qui accusar. non possunt, Alberic. in l. iudicati, numer. 4. vers. Et hoc nisi constaret, C. si ex fals. instrum. Felinus in cap. de cætero 5. num. 11. versic. Limita omnia prædicta, de sentent. & re iudic. Barbatia consil. 43. ex num. 7. lib. 1. Capic. dict. decis. 25. num. 4. August. Ariminens. ad Angelum de malefic. verb. inchoata fuit, numer. 19. Bossius diuersor. tractat. criminal. titulo de falsis, num. 150. Farin. dict. quæst. 100. num. 103. Trentacin. dict. resol. 7. num. 4. Baiardus ad Clarum §. fin. quæstion. 2. numer. 14. versicul. Item adde. Et probatur ex leg. 2. Cod. ad leg. Cornel. de fals. & ex leg. 1. C. de iure iur. propter calumn. & ex textu in cap. suscitata 6. de in integr. restitut. Neque enim malitijs indulgendum est, leg. in fundo 38. ff. de rei vindic. leg. 19. in fin. tit. 32. par. 3. Hippolyt. de Marsil. sing. 177. malitijs. & ex dolo suo nemo debet lucrari, l. ut ex dolo 13. ff. de dolo malo, l. non fraudantur 177. §. Nemo ff. de regul. iur. Thuscus lit. D. conclusione 381.

26 Limita quintò, quando quis diu distulit proponere accusationem criminalem contra aduersarium, qui prius actionem ciuilem contra ipsum proposuerat, & sic quando fuit negligens in accusando, nimiumque se arctauit ad promouendam causam præiudicialem causæ prius motæ: tunc enim non est supersedendum in causa ciuili ex superuenientia accusationis criminalis. Hanc tradunt Cynus in l. 1. num. 15. vers. Præterea imputandum esset qui se arctauit, & num. 16. vers. Aut non constat, C. de ijs qui accus. non poss. Albericus in l. iudicati 4. num. 4. vers. Idem si si imputari posset, C. si ex fals. instrum. Salicetus in leg. si dixerit 9. num. 2. C. ad leg. Cornel. de fals. August. Ariminens. ad Angelum de maleficijs, verb. Inchoata fuit, n. 20. Afflictis decis. 229. num. 1. & 2. Capicius decis. 25. num. 5. Grammaticus decis. 60. numer. 24. Faber. libr. 9. Codicis, titul. 18. definitione 1. Trentacinq. dict. resolut. 7. num. 6. Farinac. dict. quæst. 100. num. 102. Probant argumento text. in l. 2. §. Si quis tamen ff. si quis cautionibus, & in l. qui bona fide 13. §. Si quis quia, leg. cùm postulassem 44. in principio, ff. de damn. infect. leg. petenda 6. C. de in integr. restit. l. nemo 3. §. 1. C. de tempor. appellat. Eo enim casu præsumitur calumniosè agere, cùm tandiu accusationem distulerit, neque enim debuit tãtam rẽ tamdiu reticere, iuxta tex. l. si quis fortè 6. in fin. princip. ff. de pœnis. Ideò ob dicta in præcedenti limitatione non debet in causa ciuili supersederi.

27 Quando verò dicatur quis nimium se arctasse, & fuisse negligens in proponenda accusatione, non omnes vno modo sentiunt. Quidam dicunt, accusatorem nimium se arctasse, quando intentauit causam criminalem post litis contestationem in ciuili. Ita sentit Bursius in additione ad Bartol. in dict. l. vltim. C. de ord. iudicior. remittens se ad Imolam, et Abbatem in cap. 1. de mutu. petition. vbi prædicti agentes de reconuentione, primus num. 5. secundus numer. 13. dicunt reconuentionem habere duo priuilegia. Primum, vt processus reconuentionis debeat simul actitari cum processu reconuentionis, & vtriusque cursus debeat esse par, & simultaneus: scilicet vt iudex simul debeat super conuentione, & reconuentione procedere, & eas simul vna sententia terminare. Secundum, vt reconuentio sit prorogatiua iurisdictionis iudicis co-

gno-

gnoscentis de conuentione, iuxtà dicta à nobis *priore titulo disp. 2. quæst 8. sect. 1. num. 576.* & latiùs tractata à Doctoribus *in l. cùm Papinianus 14. & in Authen. & consequenter, C. de sentent. & interloqut. Canonistis in dict. c. 1. de mutuis petit.* de quibus priuilegijs benè tractat *Barbosa in l. qui prior. 29. ex num. 7. ff. de iudicijs*, & dicemus infrà *disput. sequent. numer. 3.* Atque dicunt, vt vtrumque priuilegium habeat, debere reconuentionem proponi ante litem contestatam, vel paulò post, non verò agunt de effectu suspendendi causam prius intentatam, & eius processum, de quo modò agimus.

28 Alij dicunt, si reus distulit proponere accusationem contra aduersarium agentem ciuiliter vsque ad conclusionem in causa, & eam posteà proponat videri nimium se arctasse, & accusationem tanquam calumniosam, & factam solùm ad finem differendi priorem litem, esse reijciendam, ita sentiunt *Afflictis decis. 103. num. 1. dec. 229. num. 1. & 2. Capic. decis. 25. n. 5. Trentacinq. d. resolution. 7. num. 6.*

29 Alij contra videntur sentire, non solum accusationem criminis aduersus agentē ciuiliter proponi posse à reo post litem ciuilem contestatam, & conclusionem in causa, sed etiam post prolatam diffinitiuam sententiam; & effectus erit, vt differatur executiuo, donec fuerit cognitum, & iudicatum de crimine. Ita sentit *Augustinus Ariminensis ad Angelum de malefic. in verb. Comparent, dicti inquisiti, & quilibet eorum, num. 20. post Angelum ibidem*, qui loquuntur de crimine falsitatis obiecto cōtra testes, & producentem eos, quæ obiectio iuxtà eorum sententiam faciet, vt supersedeatur in executione sententię condēnatoriæ. Et in eo loco allegātur ab eisdem pro sua opinione *Bart. Baldus, Albericus Fider. de Senis, & Ancharranus*. Eam autem probant, quoniam sententia iam lata propter falsitatem testium reuocatur, *l. 1 l. falsam 3. Cod. si ex fals. instrument.* Ergo multò maiori cum ratione differetur executiuo, donec cognoscatur; an sint falsi testes producti, quod apertè docet *text. l. iudicati 4. C. eod. tit.* Et ex eo confirmatur, quoniam melius est in integra damno occurre, quàm post causam vulneratam remedium querere, *l. 1 C. quando liceat vnicuique sine iud. se vindicare. l. vltim. C. in quibus caus. in integr. restit. necess. non est.* Faciunt tradita à *Barbatia consil. 43. numer. 10. libr. 2.* quibus consonat *Felinus in capit. de cætero 5. numer. 11. de re indic.* dum ait, merum executorem posse cognoscere de exceptione falsitatis, & ex illa impediri executionem, etiam si opponatur post sententiam, & dici *supra num. 13. & 15.*

30 Possent ista concordari sublimitando prædictam limitationem. Primò si falsitas, quæ obijcitur post conclusionem in causa, aut sententiam, constaret euidenter, vt quando apparet ex perspicuis indicijs, & indubitabilibus præsumptionibus, iuxta *leg. qui sententiam 16. in fin. Codic. de pœnis*, aut incontinenti probaretur: tunc enim supersedendum esset in processu ciuili, aut criminali anteriori, quantumvis proponens falsitatem tardasses. Nam euidens est, illum non proponere calumniosè falsitatem de qua tam clarè, & apertè constat, Ita sentit *Farin. dict. quæst. 100. num. 107.*

31 Sublimita secundò prædictam quintam limitationem principalem, si dilatio proponendi, accusationem accidit sine culpa accusatoris, & ei imputari non possit, quod se nimis arctauerit. Hanc sublimitationem tradit *Bald. in leg. 1. numer. 52. C. de ijs qui accus. non poss.* quem sequuntur *August. ad Angel. de malefic. verb. Inchoata facta, num. 10. & Farinac. d. quæst. 100. numer. 107. in fin.* Probat verò Baldus, quoniam necessitas facit probabile quòd aliàs non esset, *l. qui potuerunt 27. ff. de manumiss. testam.* & ciuili modo ista actario accipienda est argumento, *l. si cui 9. ff. de seruit.* & ideò si constiterit, accusatorem non dolo, & culpa distulisse accusationem, audiendus est; argumento *l. desertorem 3. §. si ad diem, ff. de re militar.*

32 Limita sexto supradictam regulam, vt supra declaratam, & quæ ex illa intulimus *num. 13. 14. & 15.* vbi diximus, accusationem falsitatis testium, tam in causa ciuili, quàm in criminali efficere, vt in illis prioribus sit supersedendum, vt illud procedat, si accusatio proponatur, tam aduersus testes, aut instrumenta, quàm contra actorem, seu primum accusatorem eos producentem: secus si accusatio solùm proponatur cōtra testes, non verò contra producentē eos, aut contra tabellionē, vel notarium conficientem instrumentum non contra eum, qui illud produxi, tunc enim non debet supersederi in causa prima, siue ciuili, siue criminali. Hanc limitationem tradunt *Cynus in l. 1. num. 15. & 17. C. de ijs qui accus. non poss. Bart. in l. testamentum 6. num. 3. ff. de petit. hæred. Alber. in l. indicati 4. num. 4. Cod. si ex fals. instrument. Bald. in l. Lucius 21. num. 3. quinto notabili, ff. de ijs qui notant. infam. & in leg. vltima, num. 13. Cod. de fide instrument. et in d. l. 1. nu. 49. 52. & 53. C. de ijs qui accusar. non poss. Salicet. in l. si docuerit 9. num. 2. versic. Secundo casu, C. ad leg. Cornel. de fals. Abbas Panormitanus consil. 16. numer. 5. 2. part. Rolandus consil. 13. ex num. 11. volum. 2. Angel. de malefic. verb. Comparent. dicti inquisiti, num. 20.* & ad eum locum *August. Ariminens.* idem *August. ad eundem Angel. verb. Inchoata facta, numer. 15. & 17. Gandin. tract. de malefic. Rubr. de falsarijs, numer. 19. Marant. in prax. part. 6. tit. de incidenti criminali, seu §. duodecimus actus, num. 1. Afflict. in Consti. si ciuiliter agens, num. 15. 16. & 17. & in dec. 103. numer. 1. & 2. decis. 229. numer. 2. & 3. Capicius dec. 25. numer. 1. Grammaticus dec. 60. num. 23. Mastrill. dec. 220. num. 4. 5. & 6. Cornazanus dec. 110. num. 10. Cæsar. de Graffis dec. 92. aliàs 3. de exceptionib. numer. 10. Far. d. quæst. 100. n. 94. & 95. Trentacinq. d. resol. 7. numero secundo, §. in prima nota duo, Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 394. ex num. 28.* Ratio huius limitationis quoàd primam partem est, quoniam, vt supra diximus, cùm sententia lata ex falsis instrumentis reuocetur, multò magis differenda erit eius prolatio, si obijciantur falsitas, qua detecta reus veniret absoluendus *d. l. indicat. C. si ex fals. instrum.* alioqui dabitur occasio damnandi, aut afficiendi pęna innocentem, vt rectè expendit *Bald. in d. l. 1. num. 48. & 49.* Quoàd secundam verò partem, quoniam accusatio falsitatis instrumenti, vel testium, vbi non accusatur producens, non tangit ipsum producentem. Ergo non potest suspendere causam producentis: nam res inter alios acta non præiudicat alijs, *l. sæpè 63. ff. de re indic.* vbi gloss. 1. adducit concordantes, & expendit *Roland. d. cons. 13. n. 10.*

33 Contra hanc limitationem, quinimò suspendendam esse causam ciuilem, vel criminalem accusatis testibus, vel instrumentis, etiamsi non accusetur producens, sentiebant quidam Bononienses, quos refert *Cynus in dict. l. 1. num. 17. vers. Quidam Doctores, C. de ijs qui accus. non poss.* moti ea præsertim ratione, quia qualitercunque constet de falsitate testium accusatoris, & innocentia rei, iniquum erit executioni mandari sententiam criminalem aduersus eum latam, fortassis etiam capitalem, quàmuis testes postea essent etiam capitaliter damnandi. Quam sententiam continere æquitatem dixit *Bald. in d. l. 1. num. 49. in fin.* quamuis contrariam *num. 50.* dicat de iuris rigore veriorem, quem sequitur *August. Ariminens.* ad

ad Angelum de malefic.in dicto verb.inchoata facta, num. 10.*&* 21.

34 Sed non est recedendum a præcedenti limitatione, quæ communior est, & iuri conformior, idque procul dubio, quando causa prius intentata est causa ciuilis. Poterit tamen sublimitari, vt tunc non procedat, cum iudex aduersus reum procedit criminaliter via inquisitionis, eo enim casu si de testium falsitate dubitauerit, ita vt incipiat inquirere debet in processu principalis inquisitionis. Ita docet *Bald.in d.leg.1.num.50. verf. Sin autem per inquisitionem,Cod.de ijs qui accuf.non poff.* quem sequitur *Afflictis in d.Const.Si ciuiliter agens, num. 16. Farin.d.quæst.100.num.99.* Ratio est, quoniam tunc supersedendo in processu principalis inquisitionis, in qua ex officio proceditur, nullius ius læditur, nullique fit iniuria, quemadmodum in processu accusationis fieret accusatori. Imò vero credo, idem etiam seruaretur in causa criminali accusationis, & difficulter obtineretur contra sententiam Doctorum Bononiensium a Cyno relatam, si causa esset eius naturæ, vt esset capitalis sententia ferenda. Nam cum graue damnum sit, & irretractabile inferendum reo ex altera vero parte in mora modici temporis, quo suspenditur prior causa, dum detegitur falsitas testium, damnum sit leue, *iuxta l.si debitori 21.ff.de iud.*notata supra *titulo primo,disput.5.num.2. in fin.* durissimum esset, leue damnum præponere graui, & irretractabili.

35 Limita septimò, vt tunc supersederi debeat in causa primum mota, quando tota vis ipsius causæ consisteret in testibus, vel instrumentis accusatis de falso: secus si data etiam falsitate testium, vel instrumentorum, quæ de falso redarguuntur, adhuc per alios testes, vel instrumenta remaneret probata actoris intentio: tunc enim non est supersedendum in causa principali, cum planè certum sit, hoc casu falsitatem non efficere sententiæ ferendæ ex alijs probationibus. Hanc limitationem tradit *Bald.in d.l.2.num.50. verf. sed de rigore iuris, C. de ijs. qui accuf.non poff. Angel.de malefic.verb.Inchoata facta, numer. 14.in fin.& verb.Comparenti dicti in quisit. num. 20. in fin. Afflict.in d. Const. Si ciuiliter agens. num.16.& decif.229. num.3. vbi Vrsill.num.1. Capicius decif.25.num. 3. Gramm. decif.60.num.24 Cæsar.de Graffis dec.9.2.numer.4.Mastrill. dec.220.num.9.Rota diuerf.dec.206.ex num.1.part. 2. Farin.lib.9.Cod.tit.18.diffinit.1.Roland.consil.13.num.17.Vol. 2.Trentacinq.d.resolut.7.numer.5.Gratian. discept.forenf. tom.2.cap.394.numer.31 Farinac.d.quæst.100.num. 101. & decif.crim.79.& ibid.Fam. Centolin. in additionib.* Atque doctrina huius, & præcedentis limitationis in S. C. me interueniente, qui Iudex eram causarum nobilitatis Sedilium huius Neapolitanæ ciuitatis, decisum est in causa illorum de Transo cum Sedili Montaneæ, non esse supersedendum in causa ciuili ob falsitatem obiectam cuiusdam instrumenti, sed ea oppositioni non obstāte procedendum esse ad ea, quæ incumbebant pro expeditione dictæ causæ nobilitatis, non impedita tamen prosequutione processus criminalis. Latum fuit decretum in causa reclamationis confirmans primum aliud simile decretum, die 27. Nouembris anni 1636. Act. Iadonisio.

36 Limita octauo, vt tunc sit supersedendum in causa primum mota, intentata post causa criminali, quando intentatur per eundem reum conuentum: secus si causa criminalis intentaretur à tertio; veluti si causa criminalis proponeretur à Fisco, vel iudice procedente ex officio: tunc causa criminalis non suspendit ciuilem, seu criminalem prius motam. Ita sentit *Cynus in d.l.1. numer. 17.versic.sed si alius accusaret. Cod.de ijs qui accuf.non poff. Alber.in l.iudicati.num.4. verf. Si autem extraneus. C. si ex falf instrum. Aug.ad Angel.de malefic.verb. Inchoata facta, num.17.in fin.Pntens decif.93. ogebat Alexand. numero 1. verf.sed posset ad istud fundamentum responderi,& versic.Si ergo in casu nostro, lib. 1. Rota diuerfor.decif.133.lib.2.part. 3.Baiard.ad Clarum lib.5.sent.§.fin.quæst.2.num. 14. Trentacinq.d.resol.7.num.12.* qui sublimitat *Farinac. d. quæst. 100.num.114.& 115.* Ratio est, quia, vt supra diximus, res inter alios acta alijs non præiudicat, *leg. sæpè 63.ff.de re iudicat.*

37 Limita nonò, vt causa criminalis non faciat suspendere causam ciuilem possessorij. Hanc limitationem tradit *Bart.in l.2.numer.2.* tametsi agat de crimine obiecto per modum exceptionis, *Salic.nu.2.C. de edict.D.Adrian. tollend.* vbi etiam si crimen obijciatur per modum principalis accusationis, & similiter *Fulgosius ibidem numer.2. Alexand.numer.4.Capicius decif.25.numer. 6. Lancellot. de attentat.2.par.cap.4.limitat.23.num.11.12.& 13.* vbi refert pro hac limitatione duas decisiones Rotæ, *Farin. d. quæst.100.ex numer.108. Trentacinqu.d.resolut. 7.numer.7.* Ratio est, quia possessorium non suspenditur ex causa requirente altiorem indaginem, quia est iudicium summarium. Causa autem criminalis altiorem indaginem requirit, iuxta egregiè notata à *Menoch. de retin. possess. remed.vlt.n.43.*& doctissimo *Riccio* amico nostro, *collect. 3802.p.8.* Videtur à pertè probari ex *tex.in l.1.C.de appellation.*

38 Sublimita tamen, vt non procedat prædicta limitatio, attento iure Neapolitano *in pragm. de falsis,* qua statuitur, vt ille puniatur amissione causæ, qui scienter produxerit testes falsos, aut falsa instrumenta. Sic tradit *Capicius d.decif.25.num.6 in fin.* Quæ tamen intelligenda, & explicanda sunt iuxta dicenda inferius, *numer.* 40. 41. *&* 42.

39 Limita decimò, vt tunc causa criminalis faciat supersedere ciuilem, & eius processum impediat, cùm vtraque causa proponitur coram eodem iudice: vel causa criminalis proposita est coram superiore iudice, ciuilis autem coram inferiore; Verbi gratia, causa ciuilis proponeretur in Magna Curia Vicariæ, criminalis autem in Sacro Regio Consilio, quod est Tribunal superius. Secus quando causa ciuilis primò introducta est in Tribunali superiore, causa autem criminalis in inferiore, vel quando vtraque causa proponeretur coram diuersis iudicibus iurisdictione paribus. Tunc enim quoniam par in parem non habet imperium, *l.ille à quo 13.§. tempestiuum, ff.ad Trebell.c.innotuit 20.& ibi Gloss.verb. in parem, de elect.& Gloss.in cap.studuisti, verb.Mandatum speciale, de offic.legat.* & multo minus inferiùs ad superiorem, *leg. minor autem 10.in princip. ff. de minor. cap.cùm inferior 16. de maior. & obed.* non potest vnus iudex inhibere alteri, ne procedat in causa sua nec iudex causæ criminalis iubere, vt supersedeat iudex causæ ciuilis. Hanc limitationem tradit *Bal.in l.1.num.19.C.quomodo,& quando iudex,* & est de mente *Federici de Senis consil.93.numer.3. in fin.* quem allegat Baldus non designato loco. Sequuntur *August.Ariminensis ad Angelum de maleficijs, ver. Comparent dicti inquisiti,numer. 20.verf.limita tamen prædicta,& Farinac.d.quæst.100.numer.112.* Qui tamen *num. 113.* tradit cautelam, qua possit subterfugi hæc limitatio, si iudex, in quam, coram quo causa criminali agitatur, non inhibeat iudicem superiorem, aut parem, quos inhibere non potest, vt dictum est, sed inhibeat ipsum

iti-

litigantem, nè prosequatur causam ciuilem.

40 Limita vndecimò, vt non procedat regula de iure Neapolitano, quo attento, quemadmodum exceptiones præiudiciales non habent effectum suspensiuum, sed simul cum causa principali examinantur, iuxta *Constitutionem, Exceptione filiationis, lib. 2. tit. 23. apud Afflictum Rubr. 22.* ita actiones præiudiciales non suspendunt cursum causæ priùs motæ, sed simul procedit cursus vtriusque causæ, absque impedimento actionis præiudicialis, ex *Constitut. Si ciuiliter agens, libr. 2. tit. 21.* Omnia enim præiudicialia sunt sublata in Regno per istas duas Constitutiones, vt notant Sribentes Regnicolæ ad ipsas. Concordat *pragm. 2. de falsis, in princip.* qua statuitur, nè impediatur cursus causæ ciuilis ex superuenientia accusationis criminalis de falsitate, sed in vtraque causa simul procedatur, & criminalis ciuilem non impediat, neque sententiam diffinitiuam illius retardet. Ita sentit *Glos. in d. Const. Si ciuiliter agens, Isernia, & Afflict. ibidem in princ.* notantes, per illam corrigi ius commune, *Trentacinquius d. resolut. 7. nu. 10. Grammaticus decis. 60. num. 22. Mastrill. decis. 220 num. 1.*

41 Sublimita primò de iure eiusdem Regni, ut quamuis causa criminalis falsitatis non retardet sententiam causę ciuili, tamen uictor in causa ciuili, qui obtinuit sententiam pro se teneatur præstare fideiussoriam cautionem de restituendo quidquid ex dicta sententia fuerit consequutus, vna cum expensis litis, si succubuerit in causa criminali, eo quod pronuncietur, falsitatem locum habere in fauorem accusatoris. Sic statuitur *in dict. pragmatic. 2. de falsis, in fin. primæ partis*, quæ lata est à D. Raimundo de Cardona, Ratio huius sublimitationis est, quia per *pragmat. 1. de falsis*, statutum est, vt qui scienter produxerit testes falsos, vel instrumēta falsa, perdat causam, quæ propter æquum est, vt caueatur reo in eum casum, quo constiterit, actorem obtinentem in causa ciuili produxisse testes, vel instrumenta falsa, cum ipsemet actor non impediatur prosequi suam causam, & quominus sententiam obtineat, dum adhuc de falsitate testium, vel instrumentorum non constat.

42 Sublimita secundò, vt tunc etiam in Regno sit supersedendum in causa ciuili ob accusationem criminalem falsitatis, quando allegata falsitate iudici procedenti constiterit de ipsa falsitate ex eisdem actis, & processu currenti super causa principali. Ex eo enim temporis articulo in causa principali supersedere debet, & super falsitate prouidere, & pronunciare. Sic statuitur in *d. pragmatic. 2. de falsis, in 2. part.* cui standum esse in Regno dicit *Grammatic. dict. decis. 60. num. 24. & ibi num. 25. vers. Ex quibus omnibus*, rectè declarat prædictam pramgmat. D. Raimundi de Cardona. Cuius sensum sic accipit, vt dum de falsitate iudici non constiterit, ita vt possit causam falsitatis definire, debeat procedere in causa ciuili, & criminali simul ad recipiendos plures testes, & probationes falsitatis ipinguandas, vt tunc demum supersedeat in ciuili, cùm de falsitate constiterit, non anteà. Consonat *Mastrillus decis. 220. num. 7.*

43 Limita duodecimo, vt licet supersedeatur in causa ciuili, dum durat criminalis, tamen criminali finita possit actor prosequi suam actionem ciuilem. Hanc limitationē expressè probat *textus in dict. l. vltima, C. de ordin. iudicior.* & ibi notat *gloss. verb. Lata sententia.*

44 Sublimitanda tamen est, declaranda prædicta limitatio, vt procedat in causis præiudicialibus, cùm causa criminalis finita est per absolutionem; tunc enim poterit procedi in causa ciuili, secus si causa criminalis finiatur per condemnationem, quoniam tunc sententia præiudicauit causę ciuili, notat *d. Gloss. verb. Lata sententia, & Paulus in d. l. vltima, nu. 2. in fin.* Cum verò causa criminalis non fuerit præiudicialis ciuili, ita vt sententia in criminali pariat rem iudicatam, quæ obstet ciuili, tunc quocunque modo finita criminali, siue per absolutionem, siue condemnationem, patet via actori ad prosequendam causam ciuilem. Hęc quod secundum casum principalem.

45 Tertio tandem casu principali, quando videlicet actor proponit actionem ciuilem, reus verò non proponit principaliter accusationem, sed incidenter opponit exceptionem criminalem, verbi gratia, si actore petente hæreditatem ex testamento, vel rem donatam ex instrumēto donationis, reus opponeret per modum exceptionis falsitatem testamenti, vel instrumenti donationis (quod Practici dicūt redarguere ciuiliter de falso) dicendum est, ex ista incidentia exceptionis criminalis non esse suspendendam causam ciuilem sed procedendum vsque ad diffinitiuam, præsupposito examine istius exceptionis, vt cuiuslibet alterius peremptoriæ. Hanc resolutionem continet expressis verbis, *l. Cùm ciuili 3. C. de ordin. iudic.* per hæc verba: *Cùm ciuili disceptationi principaliter mota quæstio criminalis inciderit, vel crimine priùs instituto ciuilis causa adiungitur, potest iudex eodem tempore vtramque quæstionem sua sententia dirimere*, & ibi notat *glossa verb. tempore Bartol. Baldus, Angelus, Salicet. Paulus, Fulgosius Cinus in leg. vltima, in princip. C. eodem titulo Afflictis in dict. Constit. Si ciuiliter agens, numer. 3. Trentacinquius dict. resolution. 7. numer. 9. Farinac. d. quæstion. 100. num. 86.* Ratio est, quia vsus iudiciorum ita fert, vt super exceptionibus incidentibus pronuncietur, cum diffinitur causa principalis, vt diximus *disputat. præcedenti numer. 30.*

46 Aduersus hanc resolutionem refert quorundam Doctorum sententiam *Farin. vbi sup. nu. 87.* quam conciliare conatur cum prædictis *nu. 88.* Ego verò parum euro de sententia contrà expressum ius contentum *in d. l. 3. C. de ordin. iudic.*

SVMMA DISPVTATIONIS Septima.

1 *QVi Doctores, & in quibus locis agant de reconuentione.*

2 *Tractantes de reconuentione, quæ ad illam attinent reducunt ad quatuor capita.*

3 *Reconuentio habet duo priuilegia, seu duos effectus, primum, vt faciat concurrere simul processum cum causa conuentionis, secundum est, vt proroget iurisdictionem iudicis conuentionis.*

4 *Reconuentio proponenda est ante, vel paulò post litis contestationem, vt habeat duos istos effectus.*

5 *Reconuentio quandocumque proposita durante iudicio conuentionis operabitur effectum prorogationis iurisdictionis.*

6 *De iure Castellæ quando sit proponenda reconuentio.*

7 *Reconuentio coram quibus iudicibus proponi possit, remissiuè.*

8 *Reconuentio in causa appellationis admitti non potest.*

9 *In causa executiua an habeat locum reconuentio, & communis est sententia negatiua.*

10 *Reconuentio executiua potest admitti in causa executiua.*

11 *Noua consideratio, & distinctio.*

12 *Instrumentum guarentigium est simile sententiæ, sed non in omnibus, & per omnia.*

13 In

13 *In quibus causis habeat locum reconuentio, an in causis summarijs, et possessorijs, emissiuè.*

DISPVTATIO VII.

De Reconuentione.

1 AD hunc planè locum vbi de iudicijs in genere agitur, pertinebat de reconuentione disputatio, nisi quæ ad ipsam spectant, tamfusè, tanquam plenè essent apud Doctores tractata, vt nihil sit, quod addi possit. Tamen ne videamur omisisse tam celebrem, tamque in iudicijs frequentem materiam, indicabimus solùm loca, ad quæ, quoties opus fuerit, recurratur, in quibusque quiuis casus occurrens possit inueniri. Agunt Doctores de reconuentione occasione textus ibi in leg. cùm Papinianus 14. & in Authent. & consequenter, Cod. de sentent. & interloquut. omn. iud. vbi Cynus, Bartol. Alberic. Baldus, Angelus, Salicetus, Fulgos. Paulus, idem Cynus in leg. per hanc 4. Cod. de tempor. & reparat. appellat. & in leg. qui non cogitur 22. ff. de iud. vbi Angelus, Paulus, & Fulgos. Canonistæ in cap. 1. de mutuis petitionib. vbi Innocent. Hostiens. Ioann. Andr. Zabarell. Baldus, Butrius, Panormitanus, Ioannes de Imola, Felinus, & Marianus Socinus, qui latè, & optimè prosequitur materiam per duodecim articulos. Et in cap. dispendia 3. §. Reus quoque de rescript. in 6. vbi post glossam Archidiaconus, Ioann. Monachus, Geminianus, Butrius, Philippus Francus Petrus, Ancharranus, Speculator libr. 2. titul. de reconuentione, Socinus regula 412. aliàs liter. R, regula 1. Dueñas regula 102. Anton. de Matthæis tractat. de prorogatione iurisdictionis, ex num. 59. tom. 3. tractat. part. 1. Maranta in Speculo aureo, part. 4. distinct. 6. Muscatell. in praxi S. C. libr. 1. part. 3. gloss. actorem, Syntagma commun. opinion. lib. 7. titul. 8. ex numer. 37. Hippolytus de Marsilijs in repetit. cap. at si clerici, ex num. 213. de iudicijs, Barbosa latè in l. qui prior 29. ex num. 3. ff. de iudicijs, Scaccia de iudicijs lib. 1. cap. 11. ex num. 93. Franchis decis. 193. & decis. 349. & decis. 376. Viuius decis. 128. Menoch. de arbitrar. libr. 1. q. 44. & lib. 2. casu 184. Anna singular. 429. cum sequentib. ad 433. Tepatus in compend. variar. tit. 148. Thuscus lit. R. conclus. 60. & 61. Honded. cons. 21. vol. 1. Grassis de effectibus cleric. 1. effectu, ex numer. 745. qui plurimos allegat, eruditissimus Riccius amicus noster coll. 112. 1159. 1969. 2287. 2753. Cancer. variar. resolut. par. 2. cap. 13. Galluppus in sua prax. par. 2. cap. 14. Ripol. variar. resolut. cap. 4. ex numer. 51. Trentacinquius variarum resolution. libr. 2. titul. de mutuis petitionib. resolut. 1. Carauita ad Ritum 67. vbi textus, idem Scaccia de sententia, & re iudicata, gloss. 7. quæst. 4. specul. 3. ex numer. 4. & ex numer. 48. Martha de iurisdictione, part. 4. casu 107. Castellani agunt de reconuentione, iuxta textum ibi in leg. 1. & 2. titul. 5. libr. 4. Recopil. Azeuedus in dict. leg. 1. ex num. 60. Paz in prax. 1. tom. 1. part. septima, tempor. numer. 12. & 29. Villadiego in Politic. cap. 1. numer.
2 11. & 12.

Isti quæ de reconuentione tradiderunt, ad quatuor capita reducunt. Primum de natura reconuentionis, & eius priuilegijs. Secundum, quo tempore sit proponenda? Tertium coram quibus iudicibus? Quartum, in quibus causis locum habeat?

3 Quoad primum, dicunt, reconuentionem habere duo priuilegia, ego dicerem effectus. Primum, vt faciat currere simul processum, in quo fit ipsa reconuentio cum processu causæ conuentionis prius motæ, & debeat simul terminari diffinitiua sententia lata super vtroque iudicio conuentionis, & recõuentionis: quia conuentio, & reconuentio pari passu ambulare debent. Quòd si reconuentus actor reconuentioni respondere noluerit, eam pœnam patietur, vt illi in conuentione denegetur audientia, vt notant gloss. 1. in cap. 1. de mutuis petitionibus, & ibi Bal. num. 9. Hostiens. num. 3. Butrius num. 21. Marian. Socin. in cap. 2. num. 9. eod. tit. Specul. d. t. 1. de reconuen. §. videndum. 4. num. 1. & §. restat 5. num. 1. Gulielm. Benedict. in repet. cap. Raimuncius, verb. Et vxorem, nomine Adelasiam, dec. 2. num. 124. de testam. Franchis dec. 193. num. 15. Maranta d. distin. 6. numer. 9. quemadmodum in alijs casib. iustè posse contumacibus, & inobedientibus denegari audientiam, diximus priore tomo 1. tit. 1. disput. 2. quæst. 1. numer. 42. Secundum priuilegium reconuentionis est, vt proroget iurisdictionem iudicis cognoscentis de conuentione, quamuis alioqui incompetentis, tetigi, d. tit. 1. disput. 2. quæst. 8. sectione 1. numer. 976. & hoc eodem tit. disp. præcedenti, numer. 27. idque ob rationem redditam à Iustiniano in d. l. cùm Papinianus 14. C. de sent. & interloquut. omn. iud. & in Auth. & consequenter. Tertium reconuentionis priuilegium addit Panorm. in d. c. 1. num. 4. de mutuis petitionibus, quem alij sequuntur, vt videlicet reconuentio fit causarum adæquatiua, quoniam facit dispares causas eadem forma tractari. De quo iterum agit ibidem num. 19. & in cap. 2. num. 2. eod. tit.

4 Quoad secundum caput, vt reconuentio habeat duos istos effectus, seu priuilegia simul, omnes dicunt, esse necessario proponendam, vel antè, vel paulò post litis contestationem: alioqui si vltrà hoc tempus differatur, non operabitur, vt vterque processus pari passu ambulet, quod est primum priuilegium, sed dumtaxat gaudebit secundo priuilegio prorogatiuo iurisdictionis: hoc iuxta communiorem sententiam. Nam sunt multi, & magni nomini Doctores, qui credunt, ista esse priuilegia inseparabilia, & si reconuentio tardius proponatur, vtroque carituram.

5 Igitur iuxta prædictam communem sententiam reconuentio cum solo priuilegio, seu effectu prorogationis potest proponi quandocunque durante iudicio conuentionis, multò etiam post litem contestatam, iuxta text. in cap. dispendia 3. §. Reus quoq; de rescr. in 6. id est, vsque ad conclusionem in causa, vt explicant gloss. in d. cap. 1. Schol. 1. de mutuis pet. Innocent. ibi numer. 4. Baldus numer. 12. Zabarell. ex numer. 12. Philipp. Franch. in d. §. Reus quoque numer. 5. Ancharranus num. 1. qui se refert ad prædictam glossam, Bart. in Auth. de executorib. & his qui conueniuntur, & reconuen. §. Illud, numer. 5. Albericus in d. l. cùm Papinianus, num. 4. idem Bald. in d. Aut. & consequenter, num. 8. Vel, vt alij dicunt, vsque ad sententiam, è quibus est Bar. in eadem Auth. & consequenter, num. 12. Henricus Bouerius in suis singularib. singul. 34. verbo Reconuentio, numer. 2. Tepatus in compendio variar. tit. 148. cap. 3. vers. Reconuentio potest, Syntagma commun. opin. libr. 7. dicto tit. 8. numer. 37. Franchis decis. 376. Viuius decis. 128. num. 2. qui dicit, esse communiorem opinionem, referens Zasium, Carauita Ritu 67. num. 6. Grassis de effectib. clericat. effect. 1. nu. 762. Cancer var. resolut. part. 2. cap. 13. num. 9. Barbosa in d. l. qui prior 29. numer. 26. ff. de iudicijs, & Nouarius de electione fori, sect. 1. quæstion. 15. num. 8. & 9. Neque enim conclusio ex toto æquiparatur sententiæ, Franch. decis. 286. num. 8. Tametsi explicatio d. §. Reus quoque, cultum sit controuersa, vt latè tractant Panormit. in d. cap. 1. numer. 12. & 13. de mutuis petit. & Marianus Socinus ibidem artic. 7. per totum, credentibus multis, esse correctum, seu

decla-

declaratum est *textu in clement. sapè §. Verum, de verb. signific.* vbi notat *gloss. verb. Exordio*, & priori senteotiæ non leuem ingerat difficultatem doctrina, quam ex *Bartol. Baldo Io. Fabro* approbauit Rota, vt refert *Ludou. Gomez decision. 14. libr. 1.* Ex qua colligi videbatur, etiam post sententiam posse propooi recouueotionem, ad effectum prorogaodi si dicendum esset, reconuentionem durante primo iudicio propositam operari effectum prorogationis. Cùm post sententiam dicatur etiam lis peodere propter executionem, etiam si sententia transierit in rem iudicatam, vt notauimus suprà *hoc titulo, disp. 6. num. 3. in fin.*

6 Hæc autem difficultas cessat iuxta ius Castellæ quo attento reconuentio debet proponi intra viginti dies, eo iure concessos reo ad opponendas suas exceptiones peremptorias, & alias cuiuscunque generis: post illos verò viginti dies reconuentio non admittitur, ac per consequens nullum habebit effectum. Ista statuitur *in l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop.* notat *Azeuedus ibi numer. 60. Monterroso in sua practic. tract. 2. pag. 2.*

7 Quòad tertium prędicti tractant, an reconuentio possit proponi coram iudicibus ordinarijs an coram delegatis, an coram prorogatis, & an coram arbitris, & vide vltra illos *Zasium responsor. lib. 2. cap. 37.*

8 Quòad quartum, reconuentio in causa appellationis admitti non potest, vt communiter consentiunt Doctores, *Cynus in leg. per hanc, numer. 7. C. de tempor. & reparat. appellat. et in d. Auth. & consequenter, numer. 6. Cod. de sentent. & interloqut. omn. iud.* vbi *Bart. num. 15. Bald. num. 12. Fulgosius num. 13. Innocentius in d. cap. 1. num. 3. in fin. de mutuis petit. & ibi Hostiens. numer. 10. Zabarella numer. 4. Butrius numer. 12. versicul. Quarto dubitatur, Ioannes Andreas numer. 3. versicul. Coram iudice appellationis, Panormit. num. 31. Marianus Socin. numer. 95. Hippolyt. de Marsilijs in repet. cap. at si Clerici num. 217. de iudicijs, Speculat. dict. titul. de reconuentione, §. Nunc, numer. 6. Barbos. in d. leg. qui prior. 29. num. 49. ff. de indic.* qui reddit optimam rationem, *Maranta in prax. d. distinct. 6. ex nu. 24. ad 26. Carauita Ritu 67. num. 10. Balbus dec. 65. Rota in antiquis decis. 1. de mut. petitionib. aliàs decis. 61. Guido Papa decis. 436. numer. 102. Mastrill. decis. 136. Anna singul. 430. Tepatus in compendio variarum, titul. 148. capit. 2. versicul. In causa appellationis, Hondedeus consil. 22. num. 14. Cancer. variar. resol. part. 2. d. cap. 13. numer. 50. Ripol. variar. resolut. cap. 4. num. 63. Trentacinq. var. resolut. lib. 2. tit. de mutuis petit. resol. 1. num. 29.* Ratio autem videtur esse ea, quam tetigimus supra *tit. 1. disput. 2. num. 1175. & num. 1227.* Hanc, & alias commemorat *Scaccia de sentent. & re iudic. gloss. 7. quæst. 4. speculatione 3. num. 125.* Tametsi *Hostiensis in summa tit. de mutuis petitionib. num. 4.* referat quorumdam contrariam sententiam, & item *Speculator d. num. 6.*

9 Io causa executiua ex instrumento guarentigio vigore statuti, vel consuetudinis, an habeat locum reconuentio, res est controuersa. Nam communior senteotia est, reconuentionem vniuersim locum non habere. Ita sentit *Baldus in dict. Authen. & consequenter numer. 17.* Quod probat, quia instrumentum guarentigium habet vim sententiæ, eique æquiparatur, notat cum multis *Cancer. variar. resolut. par. 2. cap. 3. num. 17.* Post sententiam verò reconuentio locum non habet. Eidem sententię adhærent *Speculator d. tit. de reconuent. §. Nunc 2. num. 5. Marianus Socin. in d. cap. 1. num. 60. de mutuis petit. & consil. 41. numer. 6. & 9. volum. 1. Bartolom. Socinus liter. R. regula 1. fallentia 18. Hippolytus de Marsil. in d. repetit. capitul. at si Clerici, num. 218. de iudicijs, Maranta in praxi, part. 1. dist. 6. nu. 39. Crauet. consil. 826. num. 4. par. 5. Honded. d. consil. 21. num. 28. Trentacinq. variar. resolut. libr. 2. tit. de mutuis petit. resolut. 1. numer. 14. Parlador. in libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 1. n. 31. Medices tract. de compensationib. p. 2. quæst. 1. num. 11. Scaccia de sent. & re iudic. gloss. 7. quæst. 4. spec. 3. num. 156. Thusc. liter. R. conclus. 61. numer. 15. & 16. Cassadorus decis. vnica numer. 2. de mutuis petition. Mastrill. decision. 41. num. 7. Auendanus de exequend. mandat. 2. part. cap. 30. num. 6. & ad l. 4. & 5. tit. de las excepciones, numer. 51. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. numer. 649.* Quæ senteotia confirmatur ex multis congestis *Tiberio Deciano respons. 98. vol. 2.*

10 Verùm præsupposita hac sententia tanquam regula, eam esse limitandam, & sic in causa executiua locum habere reconuentionem, si reconuentio sit etiam executiua, & possit intrà terminum primæ executionis liquidari senserunt multi. Inter quos *Salicetus in d. Auth. et consequenter, num. 14. vers. Quæro secundò, Didac. Perez in l. 4. titul. 8. libr. 3. Ordinam. gloss. 1. colum. mihi 1081. §. quid autem in exceptione reconuentionis, Azeuedus in leg. 1. ex nu. 68. vers. Contrariam tamen opinionem, tit. 5. lib. 4. Recop.* qui adducit multa, & bona fundamenta. *Caualcan. decis. 28. numer. 11. libr. 2. Hondedeus, dict. consil. 21. numer. 28. Muscatellus in prax. lib. 1. par. 3. glos. Actorem, num. 14. Ripol. variar. resol. cap. 4. n. 52. & 53. Guttierez lib. 1. pract. quæst. 112. numer. 1. 2. & 3. Rodriguez tract. de executione, cap. 6. num. 11. Paz in prax. tom. 1. 4. par. cap. 3. numer. 7. Carauita Ritu 67. numer. 7.* In eadem videtur esse *Alexander consil. 166. num. 5. 6. & 7. lib. 2.* & est de mente *Cartarij decis. 3. & 4.* imò, & *Decian. dict. responso 98. vol. 2.* Ratio, est quia quando reconuentio est executiua, & potest liquidari intra terminum primę conuentionis executiuę, nihil obstat, quominus procedatur simul in vtraque causa, neque reconuentio impedit celeritatem exceptionis. Ergo in causa executiua potest proponi talis reconueotio.

11 Ergo existimarem, distinguendum esse. Aut reconueniens in via executiua vult vti primo priuilegio reconuentionis, & sic impedire effectum executionis, & eius celeritatē, quia proposita reconuentione eius processus debet esse simultaneus cum processu conuentionis, & nō potest id facere. Quare nisi reconuentionem probet intra tempus executionis, eius nulla ratio habenda est quoad hunc effectū. Quod si reconuentio sit executiua, & eam probat intra tempus primæ executionis, poterit sine vllo incommodo vterque processus pari passu ambulare, & vna sententia simul terminari. Aut reconueniens solum vult vti priuilegio secundo prorogatiuo iurisdictionis iudicis exequentis, vt causa reconuentionis ventiletur coram eodem iudice, coram quo fuit petita executio, & crederem posse reconuentionem proponi in qualibet causa executiua, etiamsi reconuentio sit illiquida, & non possit intra terminum primæ executionis liquidari. Et effectus erit, vt executiooe finita processus reconuentionis agitetur posteà coram iudice executionis. Ratio est, quia io hoc casu viget eadem illa ratio contenta in *dict. leg. cùm Papinianus 14. C. de senteut. & interloq. omn. iud.* iuncta *Authent.* & consequentes nempè quia *actor, cuius in agendo obseruat arbitrium, cum habere, & contrasc iudicem in eodem negotio dedignari non debet*, quam ibi expendunt Doctores, & explicat benè *Barbosa in d. l. qui prior. 29. ex numer. 10. ff. de indic.* quam sententiam amplectuntur *Muscatell. in prax. lib. 1. par. 3. d. gloss. actor. num. 14. Cancer. variar. resolut. 2. part. cap. 13. nu. 33. cum antecedentib.* & in eam inclinat *Marant. d. dist. 6. num. 36.*

36.*vers.non tamen intelligas,& num.39. vers. Puta tamen posse concordari,& Scaccia de sent.& re iud.gloss.7.q.4.spec. 3.nu.140.& 141.cum seqq.*

12 Neque obstat argumentum Baldi,quòd instrumentum guarentigium æquipararetur sententiæ: quoniam respondendum est, instrumentum guarentigium esse simile sententiæ quoad id,quod potest quemadmodum sententia executioni mandari:sed non in omnibus,& per omnia esse exequatum sententiæ obtinenti authoritatem rei iudicaræ vt animaduertimus *tit.1.disputat.2.quæst.7.sect. 3.numer.921.* notaruntque *Natta consil.51.num.4.tom.1. Grammaticus consil.ciuili 96. numer. 29.* & desumitur ex *Baldo in l.peremptorias 2.num.19.Cod.sentent.rescindi non poss. Cumano in leg.si se non obtulit 4.§.Condemnatum, num. 5.vers.vltimo dicebam, Alexand.ibidem numer.17.& 18. ff.de re iudicata.* Refert *Asinus tractat.de executionibus,§. 2.cap. 23. & Sigismundus Baldus, Baldi Perusini nepos in tract.de statutis*, attributo ipsi *Baldo Perusino verb. instrumentum,num.17.* pluribus prosequitur *Benedict.de Barzis tract.de Guarentigia, 2.part.& 3. part. Antonius de Canario de executione instrumentorum, numer. 15. & 16.* apud quos videbis multa discrimina inter executionem sententiç, seu rei iudicatæ, & instrumentorum guarentigiatorum executionem. Quare non rectè colligitur ex ea similitudine excludi reconuentionem in executione instrumenti,quemadmodum in executione sententiæ. Ratio autem disparitatis est euidens,quoniam videlicet,qui omissa reconuentione litem est prosequutus, vsque ad sententiam,manifestè fuit negligens,quod tamdiu recõuentionem distulerit, ideò mirum non est, si ei iura priuilegium prorogationis denegauerint. At verò ei, contra quem intentatur via executiua vigore instrumenti guarentigiati,imputari non potest, cur reconuentionem non proposuerit,aut cur eam tempore executionis proponat,cùm ante non potuerit.

13 Apud eosdem prædictos Doctores videre poteris, ac reconuentio in causis summarijs locum habere possit, item an in causis possessorijs, item quando imploratur officium iudicis,& eiusmodi alias difficultates, & dubia, quorum resolutioni nihil habemus,quod addamus.

SVMMA DISPVTATIONIS Octauæ.

1 *Via executiua potest conuerti in ordinariam.*

2 *De iure Castellæ executio fit non solum virtute sententiæ,sed etiam vigore instrumenti.*

3 *In executione de iure Castellæ ante citationem rei capiuntur pignora, sed posteà antè sententiam vltimæ additionis citatur.*

Si ex probationibus summarijs,aut exceptionibus factis, & obiectis, à reo constet in iustè executum, sed tamen potuisse condemnari, via executiua conuertitur in ordinariam, ibid.

4 *Legibus iuris ciuilis nititur hæc praxis.*

5 *Circuitus inutilis est vitandus.*

6 *Non est retractanda executio non iure facta, cùm constat, vel constare potest, incontinenti eum, cui facta est, esse verum debitorem.*

7 *Cùm datur possessio ex inordinato processu rei obligata, retinetur pro debito,donec soluatur.*

8 *Idem ius seruant in Castella iudices appellationis inferiores, quod iudices supremi in hoc casu.*

9. *Subrogatus sapit naturam, & qualitates eius cui subrogatur.*

10 *De iure Castellæ tertius oppositor conuertit iudicium executiuum in ordinarium.*

11 *Quo differat ius Castellæ à iure communi.*

12 *De iure Neapolitano quanam habeant paratam executionem, & n.13.& 14.*

15 *Ritus M.C.V.de exequendis decretis eiusdem M.C. explicatur.*

16 *Decretum negatiuum reuocans affirmatiuum Mag.Cur.Vicariæ in iudicio assistentiæ an habeat paratam executionem.*

17 *Prima sententia affirmatiua.*

Si retractatur sententia exequibilis, retractatur executio, ibid.

Actoris,& rei in iudicio æqualis est fauor, & non debent ad imparia iudicari,ib.

18 *Secunda sententia negatiua verior.*

Via executiua extinguitur cùm semel est executum,ib.

19 *Si quælibet sententia mandaretur executioni, lites essent immortales.*

20 *Confirmatur ex lege Regia Castellæ.*

21 *Ritus* 259.& pragmatica 2.de appellat. *expenduntur,& declarantur.*

22 *Glossa in c.accedens,vt lite non contestata declaratur.*

23 *Regula correlatiuorum, vt quod de vno disponitur, intelligatur dispositum in alio patitur multas fallentias.*

Fallit,vbi est diuersa ratio in vno quam in alio,ib.

24 *Regula de æqualitate fauoris actoris, & rei quando locum non habeat.*

25 *Sententiæ affirmatiuæ in iudicio assistentiæ antiquitus executioni mandabantur quoad caput adiudicationis, & venditionis.*

Quando recessum sit ab antiqua consuetudine, & cur modo executioni demandentur solùm quoad caput adiucationis, ibid.

26 *Ratio huius nouæ introductionis non placet.*

27 *Significatoria expedita contra debitores Vniuersitates habet executionem paratam de iure Neapolitano.*

28 *Instrumenta publica,& guarentigia habent executionem paratam eodem iure.*

Proceditur ad executionem via ritus per liquidationem, ibidem.

Apocæ Bancales adnumerandæ sunt instrumentis publicis, quæ sunt liquidabiles via Ritus,ib.

29 *Vigore pacti potest fieri executio instrumentorum publicorum: hæc tamen executio procedit ex moribus.*

30 *Via liquidationis est criminalis,via verò pacti est merè ciuilis,& in multis differunt.*

31 *Sententia iudicis delegati non habet executionem paratam.*

Vbi permissa est appellatio suspenditur executio,ib.

32 Pragm.1.de delegationibus *declaratur,vt locum habeat in delegationibus factis Tribunalibus seu Congregationibus. exemplum,ib.*

Sententiæ primæ S.C.in criminalibus non mandantur executioni,ib.

Reclamatio non datur à sententijs criminalibus Collateralis Consilij,ib.

33 *Verba prædictæ* pragmaticæ *fortassis ex errore orta.*

34 *Cum delegatus procedit nomine Regio, ab eo non appellatur.*

Sententia vnius Consiliarij Regij in causis infra summam vnciarum duodecim executioni demandatur, appellatione non obstante,ib.

35 *Cum delegatur cum clausula,* Appellatione remota, *delegatur exequitur sententiam non obstante appellatione.*

D.Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom.II. E 36 *Causa*

36 *Causa exequutiua in Regno quomodò vertatur in ordinarium, & distinguuntur quatuor casus.*
37 *In casu liquidationis vertitur iudicium executiuum in ordinarium.*
38 *Item in casu executionis obligationis penès acta.*
39 *In casu executionis factæ vigore pacti fit etiam via ordinaria.*
40 *In sententia assistentiæ conuertitur via executiua in ordinariam.*
Refertur nouus casus, & illius decisio, ib.

DISPVTATIO VIII.

Vtrùm iudicium executiuum possit verti in ordinarium, & quando id locum habeat.

1 EXistimanda est certissima conclusio in hac disputatione, posse, & debere in multis casibus viam executiuam conuerti in ordinariam, & ex iudicio executiuo fieri ordinarium iudicium. Solummodò oportet explicare, in quibus casibus id contingat, tam iuxta iura Castellæ, quàm iuxta iura, & vsum Regni Neapolitani, & quomodo veritas hæc fit ad vsum, & praxim reducenda in casibus occurrentibus.

2 Iuxta iura Castellæ executio fit non solum virtute sententiæ diffinitiuæ in rem iudicatam transactæ, sed etiam vigore instrumentorum publicorum, arbitriorum, transactionum, confessionum, aut chirographorum recognitorum, iuxta *l. 1. & l. 2.* quæ vocatur lex Toleti, *l. 4. 5. & 6. tit. 21. libr. 4. Recopil.* & ad eas latè scribit *Azeued. in veteri Ordinam. l. 4. l. 5. titul. 8. libr. 3. Ordinament.* quas commentatus est copiosè *Didacus Perez, ex column. mihi* 1064. scripsit latissimè *Roderic. Suarez in repetit. l. post rem iudicatam ff. de re iudicata, notabili 1. & seqq. & in declaratione leges Regni, Parlador. libr. 2. rerum quotidian. cap. final. part. 1. per 2. §§. Paz in prax. 1. tom. 4. part. cap. 1. Rodriguez tractat. de execut. cap. 1. Hæuia Volano in Curia Philipp. 2. part. ex §. 2. ad 7. Villadiego in sua Politie. cap. 2. ex numer. primo, Monterroso in practic. tractat. 3.* Qui plenè tractant de ijs, quæ illo iure paratam executionem habent.

3 Qdoniam verò eodem iure, quamuis cùm executio fit, expeditur mandatum executorium; seu litteræ executoriales, quarum virtute capiuntur pignora in causam iudicati vendendæ, vt satisfiat sententiæ, aut obligationi contentæ in instrumento fine citatione debitoris, seu rei; postea tamen vlterius procedente causa executiua ante sententiam diffinitiuam executionis, seu vltimæ addictionis, quam Hispani vocant: *Sententia de trance, y remate,* citandus est reus, vt opponat, si quas habet aduersus executionem legitimas exceptiones (vt dicemus *titulo sequenti disputat. 1.*) ex quarum oppositione, & earum probatione, quæ infrà decennium fieri debet, solet apparere, actorem non rectè egisse via executiua, quoniam illi non competebat, etiam si iustè potuisset agere via ordinaria, quasi egisset obtenturus fuisset pro se sententiam; isto casu via executiua iniustè cœpta, aut non ritè, & rectè prosequuta conuerti debet in ordinariam, sic formata sententia, vt reus absoluatur ab exequutione, & iubeantur illi restitui pignora capta in causam iudicati, dum tamen soluat creditori quantitatem petitam contentam in instrumento, cuius vigore petebatur executio. Quo item casu actor, quamuis exequutionem non obtinuerit, sed à via executiua ceciderit retinet tamen pignora in causa exequutionis capta, donec ista sententia lata in via ordinaria exequutioni mandetur, & obligationi satisfiat. Idè seruari solet vbi lata sententia vltimæ addictionis contra reum, interponitur ab eo appellatio ad suprema tribunalia, iudicesque superiores animaduertunt, inferiorem non rite exequutionem profecisse, quoniam non seruauerit ad vnguem solemnitates à lege præscriptas in via exequutiua, aut aliquam earum omiserit, nam eodem modo solent suam formare sententiam estque iustior, & vtilior proferendi modus, quam si absoluerent simpliciter reum, præcidiendo, restitui illi capta in causam iudicari pignora: quoniam tunc actor cogeretur inutili circuitu de nouo instituere litem ordinariam, postquam se fouere iustitiam in eadem via ordinaria superioribus ostendisset: ex quo orirentur, vt & proferrentur lites, quas breuiandas est omnia iura proclamant, & lites orientur ex litibus aduersus eadem iura, & grauarentur litigantes onere duplicium expensarum, quæ incommoda proculdubio debent vitari. Hanc praxim planè docet *Alexandr. consil. 34. num. 4. libr. 3. & Caualcanus decis. 35. num. 5. libro primo,* qua vtuntur Hispani Doctores, & eam seruandam tradunt *Couarruu. libr. 2. variar. cap. 11. numer. 3. Didacus Perez in d. leg. 4. titul. 8. libr. 3. Ordinam. gloss. 1. ad verbum Mandamos que, colum. mihi* 1071. *§. contingere solet sæpissimè, Ioann. Guttierez consil. 19. numer.* 19. vbi refert se sic iudicasse, quandam litem, & eius sententiam fuisse confirmatam in Regali Cancellaria Vallisoletana per duas sententias conformes. Idem sentit *tractatu de iurament. confirm. 3. par. cap. 19. num. 7. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 3. numer. 43. & 44. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. par. §. 16. num. 8. Azeued. in l. 17. numer. 2. titul. 21. libr. 4. Recop. Amator Rodrig. tract. de execut. cap. 6. num. 56. Perez de Lara de anniuers. & cappellan. lib. 1. cap. 10. num. 72.*

4 Hanc resolutionem, & praxim probat apertè *text. in leg. vltim. §. vlt. ff. quod met. causa l. vlt. Cod. si aduers. Fiscum in l. si minori 3. Cod. de iure Fisci lib. 10. & in l. 1. Cod. de fide instrum. & iur. hast. Fiscal. eod. lib.* In quibus locis exequutionibus non ritè, & solemniter factis pignora debitoris capta sic restitui iubentur, dummodò debitor debitum, de quo cōstabat, exoluisset. Facit doctrina, quam ex Bat. & Decio tradit *Anna allegat. 93. num. 8.* videlicet, quando sententia est nulla, & exequuta, posse retineri rem exequutam virtute hypothecæ, *idem allegatione 22. num. 4. & allegatione 80. num. 9.*

5 Secundò, idem probatur, quoniam circuitus inutilis est vitandus, *l. dominus 53. ff. de cond. indeb. Clement. Auditor. de rescript. Tiraquell. de retract. conuent. §. 2. gloss. 1. numer. 24. Surdus decision. 174. num. 23. & 24. & consil. 242. num. 18. libr. 2. Thuscus liter. C. conclus. 229. Anton. Massa Gallesius ad formul. cameral. oblig. 3. par. 1. particul. titul. de instrumento, quæst. 4. num. 5. & 6. Grammaticus decision. 103. ex num. 189. Barbosa in axiomatibus iuris, axiomate 43.* Ergo frustra annullatur exequutio, vt iterum moueatur lis ordinaria, quæ in exequutionem tandem iteratam deuenire debet eo casu, quo reum, aduersus quem facta est, constat esse verum debitorem, vt rectè animaduertit *Gammà decis. 237. numer. 3.* alioqui lites ex litibus orientur, contra textum *in cap. Pastoralis, 5. §. Si verò renunciatum, de caus. possess. & propriet. & in cap. finem litibus 5. de dolo, & contum.* notat *Colerus de proces. executiu. part. 3. capit. vndecimo, num. 95.* Quare si reus vult restitui sibi

capta

capta pignora, debet ipse prius debitum ex soluere, vt notat *Surdus cons. 39. nu. 24. & 25. lib. 1.*

6 Tertiò confirmat eandem resolutionem doctrina communis, quam Doctores colligunt ex *d. l. vlt. §. vlt. ff. quod met. caus.* videlicet, non esse retractandam executionem non iure factam, aut capturam personæ factam ob debitũ, non seruato iuris ordine, quando in continenti potest constare, aut constat, illum esse verum debitorem, sic limitata regula, *leg. si eum nulla 58. ff. de re iudicat.* Eam tradit *Paulus in eadem. leg. si cum nulla, & ibidem Alexander. num. 8. Iason in l. à Diuo Pio, §. in venditione, nu. 12. ff. eodem, idem Paulus cons. 472. in causa capturæ, num. 4. vol. 1. Auiles in cap. 11. Pratorum, verb. Sentenciadas, numer. 1. versicul. Et licet executio, Mieres de maioratib. 3. part. quæstion. 24. num. 8. & nu. 15.* vbi accommodat doctrinam ad executiones nulliter factas, *Grammat. cons. crim. 40. n. 26. & 27. Bernardus Diaz lit. D. regula 168. Azeued. in l. 2. num. 50. tit. 13. lib. 4. Recop.*

7 Quarto facit, quoniam quoties ex inordinato processu fuit data possessio, seu tenuta alicuius rei, si per prius illa res erat obligata pro debito, potest pro illo retineri, donec soluatur, neque reuocanda est possessio, quam possessor fundat esse denuò concedendam, vt docent *Grammaticus decis. 58. num. 5. Decius consil. 449. num. 17. & 18. Cremensis singulari 93. ex Baldo in l. fundus 9. num. 5. ff. de rescind. vendit. Hippolyt. de Marsil. in practic. criminal. §. secunda, numer. 38. & 39. Rolandus consil. 5. num. 6. & 7. volum. 2. Negusant. de pignor. 3. p. membr. 2. ex nu. 20. Crauetta consil. 65. numer. 4.* qui multos allegat, *Anna allegat. 80. numero 9. Palaez de Mieres dict. quæstion. 24. numer. 5. & 7. cum sequentibus Azeuedus in d. l. 2. ex num. 49. tit. 13. lib. 4. Recop. Gutierez de iurament. confirm. 3. par. cap. 19. ex nu. 7. Perez de Lara de anniuersarijs, lib. 1. cap. 10. num. 71. Ioseph. Ludouic. decis. Perus. 40.*

8 Ex hac resolutione infert *Didacus Perez in d. l. 4. titul. 8. lib. 3. Ordinamenti, glossa, 1. colum. mihi 1072. §. sed dubitari potest*, idem prorsus, quod efficiunt iudices superiores, qui conuertunt iudicium executiuum in ordinarium prolata sententia sub ea forma, quam retulimus, quoties vident actorem fouere iustitiam, quamuis iudex inferior in exequendo non seruauerit solemnitates requisitas: non enim reuocant executionem non ritè factam, sed pronuntiant condemnationem in via ordinaria, iubentes restitui reo pignora capta dummodò soluat actori debitum, idem, inquam, superiorum exemplo posse, ac debere facere iudices Conciliorum, Ciuitatum, ac Villarum Regni Castellæ in illis causis, de quibus cognoscunt in gradu appellationis à iudicibus inferioribus ordinarijs, *iuxta l. 7. tit. 18. libr. 4. Recopilat. & leg. 18. eodem titulo in Cod. additionum* (quarum memini *priori titulo disputatio, 2. numer. 174.*) & notata ibidem *ab Azeuedo Gutierez lib. 1. pract. ex quæst. 106. ad 109. Bonadilla in Politic. lib. 3. cap. 8. ex numer. 183. vsque ad 284. & Ignatio Villar in silua responsorum, libr. 1. responso 15. per totum, Narbona in prædicta l. 18. qui ibi numer.* 8. alios refert de ea retractantes.

9 Quam illationem probat idem Didacus Perez ex eo, quòd isti iudices Consiliorũ in prædictis causis constituti sont in locum supremorum iudicum, ac per consequens eisdem prærogatiuis gaudere debent, ex regula illa, quòd subrogatus assumit naturam, & qualitates eius, cui subrogatur, vulgata quidem, sed notatanda ob limitationes, quas patitur. Eam probatus *textus, in lege si eum 10. §. iniuriarum, ff. si quis cautionibus, leg. Imperator 70. §. vltimo, cum duabus legibus sequentibus, leg. vltim. §. vlt. ff. de legat. 2. l. fideicommissa 11. § si seruo, vers. Ex his apparet, ff. de leg 3. lege filiæ suæ 28. §. Titia ff. de conditionib. & demonstrat. vbi Paulus numer. 2. leg. 1. § si quis sub conditione, ff. vt legat. seu fideicommis. nom. caue. §. fuerat, vbi Iason. ex num. 4. instit. de actionibus, Hippolyt. de Marsil. singul. 255. Decius in cap. 1. 19. de præbend. & consil. 190. numer. 3. colum. 3. versicul. Quarto hoc idem confirmatur, Euerard. in locis legalibus, loco 122. à vi subrogationis, Anton. Gabr. libr. 6. commun. tit. de regulis iuris, concl. 2. Greg. Lop. in l. 7. tit. 18. part. 2. gloss. 2. Molin. de primogen. libr. 4. capit. 4. ex numero 24. & numer. 36. Valasc. consultat. 132. numer. 25. & 26. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 54. num. 29. cum sequent. Bonadilla lib. 5. Politic. cap. 6. nu. 31. Mieres de maiorat. 1. par. quæst. 11. ex num. 1. Peregrin. de fideicommis. art. 16. num. 30. Cabed. decis. 22. 2. part. Franchis decis. 544. numer. 12. Sesse decis. 130. tom. 2. Mastrill. decis. 200. ex num. 27. Decian. responso. 27. numer. 1. volumine 1. Thuscus liter. S. conclus. 757. Surd. consil. 138. ex num. 20. lib. 1. & consil. 269. numer. 17. 18 & 30. libr. 2. et de alimentis* sæpissimè *titul. 1. quæstion. 23. num. 21. quæst. 42. num. 46. tit. 3. quæst. 1. num. 30. et 34. tit. 5. quæst. 1. num. 32. et 34. tit. 7. quæst. 27. num. 5. titul. 9. quæstio. 21. num. 1. 21. et 22. et quæst. 27. numer. 9. quæst. 43. numer. 7. 41. et 42.* passimque ab omnibus vsurpatur. Nos verò multo maiori cum ratione in hoc casu hanc doctrinam admissuti sumus, qui etiam ab inferioribus in prima instantia eam sequendam diximus cum *Parlador. libr. 2. rerum quotidianarum cap. fin. 5. par. §. 16. numer. 7. vers. Si ergo inferiores.*

10 Eodem iure Castellæ attento in alio casu solet conuerti iudicium executiuum in ordinarium, videlicet cum aliquis tertius, aduersus quem non citatum, non condemnatum, non obligatum executio locum, non habet, opponit se excutioni factæ in bonis rei obligati, aut condemnati, contendens se esse possessorem bonorum exequutorum, executumque in bonis alienis, indebitè in causam executionis capitis, seu cũ quis tertius facta executione in bonis rei: se opponit executioni, contendens se esse præferendum actori. Tunc enim via executiua vertitur in ordinariam: non quidem simpliciter, & absolutè, sed per modicum duntaxat tempus, dum, inquam, auditur iste tertius oppositor, & exceptiones, quas proponit, probat, cui conceditur terminus ordinarius ad eas probandas, suumque ius defendendum. Qui si quæ allegauit, probat ita vt iuste debeat obtinere, declaratur aduersus ipsum, & eius bona in causam iudicati capta, executionem locum non habere, aut eum esse præferendum in prætio bonorum executorum, sin minus, sed ipse auditus in via ordinaria ius suum nõ patefacit redditur ad viam executiuam, & pronuntiatur aduersus reũ, & pignora pro executione capta, sententia vltimæ, additionis, non obstantibus oppositis. Sic statuitur *in l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop.* quæ quamuis sita sit *in d. tit. 4. de los Adelantados, y Merinos*, vniuersim recepta est omnium Tribunalium, & Iudicum vsu, etiam eorum, qui non sunt *Adelantados, y Merinos* habita pro vera sine contraditione illa doctrina *Bartol. in relegatorum 7. §. interdicere, numero 3. per textum ibi, ff. de interdict. & releg.* videlicet si Imperator rescribit vni Præsidi, videri rescriptum omnibus: quare quod vni imperat, ab omnibus obseruari debere, quam recipiunt *Angelus in leg. item veniunt 22. §. Cæterum, vers. Et ex his, ff. de petitione hæreditat. Paulus in l. 1. num. 5. ff. de constitut. Princip. Alexand. in leg. ciuitas 27. numer. 20. Iason. numer. 7. ff. si certum petatur, Felinus in capit. 1. numer. 8. versicul. In text. ibi de probationib. Socinus consil. 44. numer. 5. volum. 1. Gutierez in repetit. leg. nemo*

potest, num.391.ff.de leg.1.Paz in praxi 1.tom.4.par.cap.4. num.2.Solarzanus de Iure Indiarum tom.2.lib. 4. capit. 12. numer.66.& 67.Gaspar.Roderic.de annuis redditib.libro 1. quæst.12.num.4.Azeuedus ad Rubricam dict.tit.4.lib.3.Recopilat. statuitque apud Neapolitanos *Pragmatic.40.§.5. in fin.de offic. S.R.C.* Atque quotiescunque tertius executioni se opponit, conuerti viam executiuam in ordinariam, donec sententia feratur modo prædicto, sentiunt Doctores Castellani *Rodericus Suarez in lege post rem, in declaratione legis Regni limitat.1.ex num.2.Gutierez vbi supra, & lib.1.practic.quæstion.114.Auendañus de exequend. mandat.1.par.cap.16.num.6. & 7.Azeued.in d.l.41. titul. 4.libr.3.Recopil.Gratian.reg.418.num.10. Parlador.libr.2. rerum quotid.cap.final.5.part. §. 11.ex numer. 58.sub titul. de except.tertij oppositoris,Paz vbi supra dict.cap.4. numer. 2.& 7.Heuia Volaño in Curia Philippica 2.par.2.§.26. nu. 12.& 13.Villadiego in politica cap.2.ex num.126. Monterroso in sua practica, tractatu 3.in princip. versicul. Y. no solamente folio mihi 27.pag.1.facit Dueñas liter. E.reg.274. limitat.2.Rodriguez de executione,cap.8.ex num.2.* dicemus iterum *tit.3.disput.12.num.5.& 6.*

11 Differt autem ius Regium Castellæ à iure communi in eo, quod iuxta ius cõmune tertius iste oppositor executionem impediens summatim de iure suo docere debet, iuxta textum expressum *in lege à Diuo Pio 15. §.si super rebus,versic.Sed sciendum.ff.de re iudic.*& ibi notant communiter Doctores, *Bartol. numer. 1. Albericus statim in principio,Cumanus ante numer.1.Paulus numer.1.Imola num. 14.in fin. Alexander. numer. 1. et 2. Iason, in principio, et num,4.et textum in cap.veniens 38.de testibus, ibi, dictus P. si posset, incontinenti, suam intentionem fundaret, vbi Panormit.ex numer. 9.ad 11.et Felin.numer.13.14.et 15.idem Panormitanus in cap.cum super 17.numer.7.31.et 32.Felin. numer.16.de re iudicata Couarruuias in practicis, capit.16. num.1.Capicius decis.55.numer. 4.Peguera decis.7.numer.7. tom.2.Ioseph.Ludou.decis. Perus.26.num.10.Marius Giurba decision.62.numer. 1.et 2. Cancer.variar.resolut.part.2.cap. 16.num.62.* Cum quo iure concordat de antiquo iure Castellæ *l,3.tit.27.par.3.vbi gloss.10.* At iure nouiore Regio tertius oppositor non tenetur summatim de iure suo docere, sed illi conceditur terminos ordinarius, vt ius suum ostendat,vt planè statuitur *in d.leg.41.tit.4.lib. 3.Recopilat.*& adnotant *Paz in prax.1. tom. 4.part.cap.4. numer. 2,Rodriguez dict.cap.8.numer. 4. Parlador. d.§.11. nu.59.* vbi etiam censuit lapsum Couarruuiam,quòd hoc discrimen inter ius Regium, & commune nõ animaduertit, adhærens communi. An verò iste tertius oppositor executionem impediat,& quando,& quatenus dicemus *sequenti titulo,* Deo volente,*disput.12.*

12 De iure Neapolitano paratam executionem habet imprimis sententia transacta in rem iudicatam,quemadmodum,& iure communi,*ex textu in l.post rem 56.ff.de re iudicata*, Item obligatio contracta fauore Fisci *iuxta Ritum 127.* Item obligatio stipulata pœnes acta Curiæ, *ex Ritu 128.* qui est conformis iuri communi *in lege eum, pro quo 17.ff. de in ius vocando.* Notat *Riccius* amicus noster *collectan. 187. Afflictis decisione 30. & 387. Muscatell.in prax.libro 2.par.1.glossa Sententia,numero 89. Galluput in praxi parte 2. cap. 21. Parlador. libro 2.rerum quotidianarum capitul. final. 1.part.§. 10. post Bartol.in lege tale pactum 41. §.qui prouocauit, per textum ibi; numer. 2.& 3.ff.de pactis,& ibidem Paulum numero 2.& 4.Iason. ex num.8.eundem Bart,Paulum, & Bald.in d.l.eum pro quo Alexandrum in leg.à Diuo Pio 15.in principio, numer.23.in fin.ff.de re iud. Bernard.Pandus de præsentatione,& exequut. instrumentor. 3.parte 14. declaratione, numer. 35. Franchis decision.118.numer.7.& decision.200.numer.22.Thesaurus decision.26.numer. 13. Graffis de exceptionibus in præludio, numer.2. & 3. Gatto de credito, capitul.3.titul.2.ex numer. 2.* Debet tamen incursari dicta obligatio pœnes acta. Item sententia S. R. C. etiam si ab ea sit reclamatum, *vt in pragmatic.5.de officio S.R.C.* quoniam est ad instar sententiæ Præfecti Prætorio, quæ executioni mandabatur præstita cautione de restituendo in casu retractionis. *Auth.Quæ supplicatio.C.de precib.imperat.offerend.*notat *Rouit.in eadem pragmat.5.ex num.1.Tapia ad eandem pragmat. ex principio annotationum situatam libro 2.Iuris Neapolitan. Rubr.2.de offic.S.C. Gallup. in prax.part.3.cap.5.numer.35. Afflict.decision.221.numer.2.* Ego notaui *titul. 1. disputat. 2. num. 947.* Imò neque potest procedi, neque audiri quis in causa reclamationis, nisi exequuta sententia, & ante eius exequutionem reus condemnatus non auditur, vt notat *Franchis decision. 290.* & planè statuitur tunc *in pragmat.79.§.9.& §.10.de officio S.C. in nouissima compilatione.* Quod tamen limitandum est in sententia criminali continenti actum irretractabilem, nam reclamans ab ea, etiam si lata in S.C. auditur ante executionem,vt animaduertit idem *Franchis decis.139.& Muscatellus in prax. lib.1.part.7.gloss.condemnando, num.102.* Item sententia Tribunalis Regiæ Cameræ Summariæ, etiam si ab ea fuerit appellatum, aut reclamatum, iuxta *pragmat. 38.* (quæ in nouissima compilatione est *pragmat.37. de offic. procurator.Cæsaris*) vbi notat *Rouit.in §.& similiter de diffinitiuis, ex numer. 1. & numer. 16.* notat discrimen inter sententias Regiæ Cameræ ex vna parte,& sententias S.C. ex altera.

13 Habet item paratam executionem sententia diffinitiua Magnæ Curiæ Vicariæ lata infra summam ducatorum 150.iuxta *pragmatic.3.§.4.de offic.S. R. C.* quæ executioni mandatur præstita cautione in casu retractationis, vt ibidem notat *Rouitus ex num.8.Muscatellus in prax. libr.1. parte septima, gloss. condemnando, numer. 106. versicul. Sextus casus, & libr.2.part.1.glossa Sententia, num.133. Galluppus in prax. part.3.cap.5.ex numer.46.Auna singulari 466.& 469.Franch.decision.141.in princip.decisio.138. & decision.703.Carauita ad Ritum 257.numer. 6. Petra ad Capit.decisio.29.adnotatione 1.* iam ex iure nouo, *& pragmat.73.§.3.de officio S.R. C. in nouissima compilatione,* hæc quantitas ducatorum 150. aucta est ad quantitatem ducatorum quingentorum, & vsque ad istam summam quingentorum ducatorum habebit executionem paratam sententia Magn. Cur. Vicar. & est ordo Regibus ex rescripto expedito 3. die Septembr. anni 1597. verum suppresso, vsque ad vltimam editionem pragmaticarum.

14 Eodem iure Neapolitano habet executionem paratam sententia affirmatiua in iudicio assistentiæ lata, iuxta receptam consuetudinem ortam ex interpretatione *Ritus 259. relati in pragmat.2.de appellat.* qui sic accipitur. Verba prædicti *Ritus 259.* iuxta ordinem Carauitæ sunt, *item non appellatur à decreto ipsius Curiæ ciuili, vel criminali,* loquitur de Magn.Cur.Vic. Quæ verba quamuis pro hoc casu accipiantur, videlicet de decreto assistentiæ, vt notat *Carauita ad eundem Ritum num.16.* tamen vt ibidem in additione animaduertit *Constantinus Papa,* non significant hunc casum, nec video, qua ratione ad eum dumtaxat restringantur, cum sint generalia, atque ideo generaliter accipiantur ab *Afflict.decis.261.num.1. & decis.356. num.1.& à Capicio decisio.137.num.17.& decis.144.num. 2.* quamuis ibi videatur loqui de Mag.Cur.Vicar. Regni Siciliæ

Siciliæ vltra Farum. Nequitem video, cur vsus in retinuerit in decretis assistentiæ affirmatiuis, quæ ciuilia sunt, cùm tamen in decretis criminalibus, de quibus loquitur Ritus per eadem verba, contrarium seruari videamus, à quibus quotidie videmus, & appellationem interponi, & ea per appellationem suspendi, quod animaduertit *Carauita vbi supra num.* 17. dicens prædictum *Ritum* 259. esse correctum ex *Ritu sub sequenti* 261. vbi videtur permitti appellatio, & ibi iterum notat idem *Carauita numer.* 3. Vtcunque sit negari non potest, esse Ritum, quo disponatur, exequendum esse decretum assistentiæ affirmatiuum, appellatione non obstante, cum id testetur prædicta *Pragmat.* 2. *de appellat.* Nullus autem alius Ritus est, qui de ea re loquatur, præter prædictum *Ritum* 259. per prædicta verba. Cùm vera sit traditio *Marant. e post Bartolum in leg. admonendi* 31. *numer.* 7. *ff. de iureiurando*, quæ communiter approbatur à Doctoribus, vt notat *Additio* ibi, & est conformis *Glossa ibidem verbo, Constitutionibus*, videlicet, legem, vel statutum faciens mentionem de alio statuto, fidem facere, quamuis mentionatum statutum non inueniatur. Habes apud *Marantam in suis singularibus, verb. Statutum imponens pœnam.* Ideò id ita in Regnò receptum est, vt testatur tum prædicta *Additio Constantini Papæ*, tum etiam *Afflictis decis.* 261. *& dec.* 359. *numer.* 1. *Franchis dec.* 120. *& decis.* 136. *num.* 1. *Maranta in praxi* 6. *part. tit. & quandoque appellatur, num* 185. *Zancellotus de attentatis, part.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 28. *Muscatellus in prax. lib.* 1. *part.* 7. *gloss. Condemnando ex numer.* 110. *& libro secundo, par.* 1. *gloss. Sententia, ex numer.* 135. *Galluppus in prax. S.C. part.* 3. *capit.* 5. *numer.* 34. *Rouit. in pragmat.* 2. *ex numer.* 1. *de appellat. Nouarius in collectan.* 13. *ad dictam pragmat.* 2. *Horatius Barbatus super pragm. de assistentia, gloss.* 1. *ex num.* 24. *& num.* 26. *&* 27. *Tapia ad eandem pragmat. de assistentia, numer.* 4. *lib.* 3. *Iuris Neap. Rubr.* 40.

15 Quamuis autem prædictus Ritus loquatur solum de M. C. V. concedens executionem decretis affirmatiuis eiusdem, non obstante appellatione, tanquam superioris, & eminentis Tribunalis, de quibus etiam solis videtur loquutus Tapia nuper relatus, quæ videtur esse magna præeminentia, & insigne priuilegium, contra regulam iuris communis, *in l. & in maioribus* 20. *Cod. de appellation.* quam tradunt *Socin. regula* 40. *Bernardus Diaz regula* 35. *Petr. Duenas regul.* 45. *Maranta in praxi part.* 6. *tit. & quandoque appellatur, num.* 246. *Scaccia de appellat. quæst.* 16. *num.* 1. *& quæst.* 17. *num.* 1. *meminit Surdus de alimentis, tit.* 8. *priuil.* 60. *ex numer.* 1. ac per consequens non communicandum Curijs inferioribus, in quibus non eædem rationes vigent, & proinde potius limitandum, quàm extendendum, *leg. quod verò* 14. *ff. de legibus*, iureque optimo Aduocati illi, quorum meminit *Constantinus Papa in additione ad prædictum Ritum* 259. tentauerint, restringi debere ad decreta Mag. Cur. Vic. & in eis tantum seruari, quos ille non iure reprehendit: Vsus tamen obtinuit, vt in sententijs assistentiæ omnium Tribunalium, etiam inferiorum, obseruetur, illisque concedatur executio appellatione remota, quę non habet effectum suspensiuum, sed solum deuolutiuum, vt transmittatur processus ad tribunalia superiora, in quibus examinatur, an sententia assistentiæ rectè fuerit lata, vt confirmetur, an minus rectè, vt reuocetur. Meminique dum ex facto de hoc ob prædictas rationes me interueniente dubitatum esset in S. Cons. an videlicet ille ritus, etiam in inferioribus Tribunalibus esset practicandus, voluisseme; exquirere, & cognoscere ab antiquioribus Consiliarijs stylum consuetum, suscitarique eorum sententiam, qui responderunt, seruari in toto Regno, vt sententiæ affirmatiuæ assistentiæ mandarentur executioni appellatione non obstante, quamuis latæ à iudicibus inferioribus, quemadmodum seruatur in decretis M. C. Quam etiam praxim receptam testatur *Horatius Barbatus super pragmaticà de assistentia, dist.* 1. *gloss.* 1. *num.* 26. Quæ extensio fortassis orta est ex prædictà *pragmat.* 2. *de appellat.* quæ est lex vniuersalis, quà ille Ritus seruari iubetur, vt videlicet executio decreti affirmatiui assistentiæ ob appellationem non retardetur, sed solum ex remedio nullitatis ex eisdem actis. Aut fortassis etiam ex eo, quod Ritus Mag. Cur. debeant obseruari ab omnibus iudicibus inferioribus, vt tradit *Franch. decis.* 143. *ex numer.* 6. *Grammaticus in Consilt. Si quis in posterum numer.* 3. *&* 23. *lib.* 1. *Carauit. ad Ritum* 1. *numero* 3. *&* 4. Dum tamen aduertas, sententiam assistentiæ affirmatiuam tunc non posse executioni mandari, cum coniungitur cum sententia condemnatoria in actione personali, cum caput condemnationis in actione personali suspendatur per appellationem, & ceterum sit ob mixtionem cum causa appellabili reddi appellabile caput inappellabile, vt dicam infra *tit.* 3. *disp.* 12. *num.* 8. & latius tractat *Barbat. super pragm. de assistent. gloss.* 1. *ex nu.* 40. *& num.* 65. *&* 66.

16 An verò sententia, seu decretum negatiuum in iudicio assistentiæ lata in M. C. V. in gradu appellationis à tribunali inferiori, quibus reuocantur sententiæ, aut decreta iudicis inferioris, concedentis assistentiam, declarantia, assistentiam esse denegandam, aut locum non habere, ac proinde bona adiudicata creditori ab inferiori iudice esse debitori restituenda, habeant paratam executionem, non obstante appellatione interposita ad Sacrum Consilium, difficultatem habet. Proposui verò dubitanem in sententia reuocatoria Magn. Cur. quoniam si sententia reuocatoria esset lata in Sacr. Cons. proculdubio erit executioni mandanda, nam omnia sententia Sac. Cons. habet paratam executionem, vt dixi *superius num.* 12.

17 In qua, prima sententia ait decretum in gradu appellationis latum reuocans sententiam concessam à iudice inferiori, habere paratam executionem, quemadmodum eam habet decretum affirmatiuum, & quod consequens est, bona adiudicata prioris decreti vigore, esse debitori restituenda cum effectu virtute secundi decreti reuocantis primum. Hanc tuentur *Franchis decision.* 136. *Vinius decision.* 236. *numer.* 8. *Nouarius dict. collectan.* 13. *ad pragmat. Regn. Neapolitan. numer.* 4. *Barbatius ad pragmatic. de assistentia, glossa* 1. *numer.* 36. *Tapia ad eandem pragmat. de assistentia, numer.* 5. *libro tertio, Iuris Neapolitan. Rubric.* 40. *Salernitanus decision.* 25. eamque sententiam videtur approbare *Muscatellus in prax. lib.* 1. *par.* 7. *gloss. Condemnando, n.* 114. Probatur primò ex adductis ab eodem *Franchis decis.* 288. *num.* 1. *in fin.* vbi ait, si prima sententia executioni mandatur, secundam etiam reuocatoriam primæ esse executioni mandandam, quoniam si retractatur sententia exequibilis, retractatur etiam executio, vt tradit *Rebuffus in Constitution. Regn. tom.* 1. *tractat. de sententijs executorijs artic.* 5. *gloss.* 3. *numer.* 3. *& Anna singulari* 472. *iuxta gloss. vltimam in verb. Vniuersa, in cap. accedens, l. lo* 1. *vt lite non constet*, quam approbat *Baldus ibi, numer.* 6. *versicul. Item nota.* Secundo etiam probatur, quoniam actoris, & rei in iudicio par est, & æqualis fauor, non enim debent actor, & reus in vno, & eodem iudicio ad imparia iudicari, *l. in sacris* 12. *§. & quoniam. Codic. de proximis sacror. scrinior. lib.* 12.

leg. vltima, *Codic. de fruct. & litium expens. Alexandr. in l. scimus 22. §. donec, num. 4. C. de iure deliber. Hippolyt. de Marsilis singulari 389. Thuscus, Bald. Nouellus de dote 6. par. priuil. 2. numer. 12. Anton. Gabriel lib. 6. commun. titulo de legibus conclus. 3. ex numer. 31. Contard. in leg. vnica limitat. 17. negatiua numer. 5. cum sequen. Cod. si de moment. poss. fuer. appellation. Surd. de aliment. titulo 8. priuil. 60. ex num. 28. Gutierez lib. 1. pract. quaestion. 119. & libr. 7. de Gabell. quaest. 124. numer. 73. Azeued. in leg. 19. numer. 141. tit. 21. libr. 4. Recopil. Thuscus litter. E. conclusion. 306.* & multa pro hac doctrina allegat *Gonzalez in regul. 8. Cancellariae, glos. 6. ex num. 162. vsque ad 188. August. Barbos. in locis communibus, loco 3.* Ex quo colligunt *Baldus nouellus*, & *Hippolytus post Antonium de Butrio*, quem allegant stante statuto, quòd à sententia lata pro executione instrumenti contra reum debitorem non detur appellatio, eius dispositionem esse extendendam, vt neque concedatur appellatio actori creditori à sentẽtia, qua pronuntiatur, instrumentum non esse exequendum. Ergo si sententia lata in fauorem actoris habet executionem, paratam, similiter habebit secunda lata in fauorem rei.

18 Contraria tamen sententia, quinimò sententiam negatiuã in gradu appellationis latam pro reo, reuocatoriam assistentiae concessae per primam, ab inferiori pronuntiatam in fauorem actoris, non habere paratam executionem, si ab ea appellet actor, videtur verisimilior, & vrgentioribus rationibus innixa. In eam inclinat *Rouitus ad pragmatic. 2. numer. 8. & 9. de appellatio.* dicens, contra sententiam Vincentij de Franchis, cùm casus acciderit, esse vlterius cogitandum. Hanc sententiam, quamuis non loquantur in specie de iudicio assistentiae vsitato in hoc Regno, loquentes de sententia lata super executione instrumenti guarentigij, aut de quauis alia sententia exequibili, tuentur *Parladorius lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. par. §. 15. ex num. 4. Gonzalez in regulam 8. Cancellariae, glossa 6. ex numer. 188. & ex numer. 202.* & ibi *num. 208.* asserit, huic sententiae conformem esse stylum Curiae Romanae, *Paz in praxi 1. tom. 4. part. cap. 2. num. 38.* qui refert plures. Et probatur primo, quia postquam semel executio habuit effectũ, iã videtur extincta via executiua, & per consequens erit procedendum via ordinaria, *leg. à Diuo Pio 15. si post addictum, ff. de re iudicat.* vbi probatur, quod si res addicta uia executiua creditori pro solutione sui debiti uigore rei iudicatae, euicta fuerit, non potest amplius creditor agere uia executiua, quia iam fuit extincta uis, & effectus executionis, & ibi notat *Bar. nu. 1. Ioannes de Imola nu. 17. Paulus Alexand. nu. 1. 2. & 3. Iason. nu. 1. et 2. Parladorius dict. cap. fin. 5. par. §. 16. nu. 19. 20. et 21.*

19 Secundò, quoniam si quaelibet sententia esset executioni mandanda, fieret, ut lites essent immortales, nam prius quam lis terminaretur, contingeret hinc inde fieri quatuor, vel plures executiones, cùm ex vnaquoque sententia resultaret translatio rerum captarum pro executione ab actore in reum, & a reo in actorem, & insuper ratione fructuum perceptorum, ad quorum restitutionem fieri deberet condemnatio, lites ex litibus orirentur, litesque litibus confunderentur, & inculcarentur, *contra textum in cap. Pastoralis 5. §. si vero renuntiatum, de caus. poss. & proprietate, & in leg. 4. §. ait praetor. ff. de re iudicat.*

20 Tertiò probatur hanc sententiam ex lege Regia Castellae, quae est *l. 4. tit. 21. libro 4. Recopilat.* expensa in eam rem *à Parladorio d. cap. fin. 5. part. §. 15. num. 4.* qua statuitur, arbitrorum sententiam, esse exequutioni mandandam, verùm si sententia iam ex equutioni mandata, reuocata fuerit per tribunal superius, ad quod fuit prouocatum, posse a tali sententia reuocatoria supplicari, firma tamen remanente executione prius facta, donec alia sententia in gradu supplicationis, seu reuisionis proferatur.

21 Quarto tandem probatur ex verbis *pragmaticae 2. de appellationibus, praedictum Ritum 259.* confirmantibus, & seruari iubentibus. Nam verba pragmatica vim executiuam tribuunt solum decreto affirmatiuo in iudicio assistentiae lato, imo vero testantur. Ritum de solo decreto affirmatiuo loquutum, audi verba pragmaticae. *Magnae Curiae Vicariae Ritum, quòd à decreto super assistentia affirmatiuo non appelletur, ad effectum retardandae executionis locum habere decernimus, & cat.* Quare aut Ritus verba corrupta sunt, & imminuta, cùm desit Verbum illud, *Affirmatiuo*, aut certè, quamuis Ritus generaliter loqueretur, verba illius solum pro decreto affirmatiuo accipiebantur, nam ita videtur illa interpretatus, & accepisse ex vsitato tunc sensu, *Afflictis dicta decis. 261. num. 1.* dum ait, *fuit in Consilio iudicatum, item in quocunque alio decreto, M. C. affirmatiuo, vt si appelletur, mandetur executioni, & cat.* Ex quibus pragmaticae verbis limitate loquentis, colligitur legislatorem decretis super assistẽtia negatiuis vim executiuam denegare voluisse; & illa reliquisse sub generali regula *leg. & in maioribus 20. Cod. de appellation.* dum illam solis affirmatiuis concessit. Exceptio enim firmat regulam in contrarium *l. nam quod liquidè, §. vltimo, ff. de poenu legata, leg. quaesitum, §. denique, ff. de fundo instruct. Decius in lege 1. numero 21. ff. de regulis iuris, Couar. libr. 2. variarum capit. 5. numer. 6. Matienzus in leg. 1. titul. 10. libr. 5. Recopilation. glossa 15. Mieres de maioratibus 1. part. quaestion. 22. numer. 2. & 3. cum sequentibus, Simon de Pratis de interpretatione vltim. voluntat. libro 4. interpretat. 2. dubitatione 3. per totam,* Mantica *de tacit. & ambig. coment. libr. 7. titulo 10. ex numer. 30. volum. 1.* Et succedit elegans, & celebris doctrina *Angeli in lege si res 7. numer. 1. ff. de appellatio. recipiend. et in lege quisquis 6. numer. 3. C. quorum appellat. non recipi*, quam dicit se multoties practicasse videlicet, quando denegatur appellatio à decretis affirmatiuis, censeri nihilominus permissam negatiuis, cessat enim in illis ratio prohibitae appellationis, & sic cessat dispositio legis, quia cessat mens cum mens: & ratio non differant inter se, in quam rem multa congessit *Tiraquel. in tract. de cessante causa in princ. ex numer. 138.* Ita contigit in multis alijs iuris articulis, vt in causis alimentorum, à decretis affirmatiuis non appellatur, à negatiuis autem potest appellari, & in omnibus casibus, quos enumerat, *d. leg. si res*, nam à decretis affirmatiuis statuitur, appellari non posse, à negatiuis autem in eisdem casibus appellationes recipiuntur. Quam doctrinam sequuntur, & approbant *Menochius de adipiscend. possess. remed. 4. nu. 876. Contardus in leg. vnica, limitat. 17. negatiua, ex numer. 1. Cod. si de moment. possessor. Lancellotus de attentatis 3. part. cap. 28. numer. 89. Surdus de aliment. titul. 8. priuilegio 60. ex numer. 25. Duena regula 44. limitat. 1. Scaccia de appellation. quaest. 17. limitat. 6. membro 4. numer. 38. Marcus Antonius de Amatis decis. 75. ex numer. 12. et nu. 21. cum sequentibus Tiraquellus in tractat. de mort. p. 6. declarat. 6. nu. 3. Rouitus in pragmat. 2. num. 9. et 10. de appellat. Paz vbi supra.*

22 Hae rationes non solum reddunt hanc sententiam verisimiliorem, sed fortassis etiam magis veram ostendunt. Ad argumenta verò contrariae facilè responderi potest. Ad primum doctrinam illam *Glossae in capitul. accedens*, vt

vt iste non constat. videlicet reuocata sententia exequibili, reuocari, & retractari etiam executionem, sic esse intelligendam, vt retractetur quidem executio, non tamen de facto, & incontinenti, sed vel quando sententia retractans habet executionem paratam, vel quando transit in rem iudicatam, & ab ea non fuerit appellatum.

23 Ad secundum, regulam illam correlatiuorum, vt quod de vno disponitur, in alio locum habeat, ex qua colligitur, inter actorem, & reum vtpote correlatiuos æqualitatem seruandam, habere plurimas fallentias. Centum congessit *Ioan.Baptist. de S.Blasio tractat. de correlatiuis, ex num.34.tom.18. tract. Septem retulit Anton.Gabriel lib.6.commun.tit.de legib.concl.3.ex num.51.* Et quod ad rem attinet tunc correlatiuorum regula locum non habet, cum est diuersa ratio in vno, quàm in alio multis eelatis adnotauit vbi supra *Anton.Gabr.nu.51. Ioan. Baptist.de S.Blas.num.39.versic.Duodecimo fallit*, vbi id multis textibus comprobat, docetque *Alexand.in l.si emancipati 9.numer.6.in fin.C.de collat.* quam legit in fine tituli, *Cassaneus in consuet.Burgund.in conclusione, & approbatione, verb. Interprete, num.10.concl.7.vers.Secus autem, August. Barbos.in locis communib. loco 29.num.2. Euerard. in locis legalib.loco 20.à correlatiuis, num.7.& 8.* Est autem multum diuersa, & maior ratio, cur decreto affirmatiuo assistentiæ in fauorem actoris concedatur vis executiua, quàm negatiuo in fauorem rei. Nam decretum affirmatiuum est conforme, contractu facto ab ipso reo in fauorem actoris, & sic concurrunt contractus, & sententia, ac per consequens æquum est, vt maiorem vim habeant, quò celerius actori satisfiat. At decretum negatiuum, non concurrit cum contractu, imò est difforme, & illi repugnat, quare non potest habere tantam vim, & efficaciã, quantam affirmatiuum, cum duo vincula fortiora sint, quam vnum, *l.penult.in princip.C.de adopt. Auth.itaque, C. commun.d.succes.Negusant.de pign.5.p.membr.4.num.22.in fin.Ioan.Garc.ad nobil.gloss.6.num.56.* vbi plura adducit.

24 Secundo respondet *Pariadorius libr.2.rerum quotid.d.c. fin.5.par.§.10.num.15.* regulam de æqualitate actoris, & rei locum non habere, cum aliquid statuitur in fauorem vnius ex illis, quòd si communicaretur alteri, resultaret in damnum eius, cui concessus est fauor. Nam cum statuat alia regula, quod fauore vnius introductum est, non debere in eius damnum conuerti, *l.nulla 25.ff. de legibus, l.3.§.Duæ autem sunt causæ, ff.de Carbon.edict. l.quod fauore, 6.C.de legib. August.Barbosa Axiomate 96.* fit, vt non possint actor, & reus esse æquales in eo, quod in hac parte in fauorem actoris prouisum est, alioqui si fauor actoris reo communicaretur, actoris fauor conuerteretur in eiusdem damnum. Porrò fauore actoris, non rei statutum est, vt decretum assistentiæ affirmatiuum executioni demandetur, apppellatione non obstante, quo celerius creditori satisfiat, quod si hoc reo communicaretur, lis immortalis, fieret, pro crastrinnante solutionem reo, & res nunquam ad exitum deueniret. Igitur quod in gratiam actorum introductum fuit, in eorundem damnum retorqueretur.

25 Vt verò nihil antiquitatis pœnitus ignoretur sciendum est, ab antiquis temporibus, tum ob prædictum Ritum, tùm ob dictam *pragm.2.de appellation.* receptum fuisse, vt generaliter, & in omni casu decreta assistentiæ affirmatiua executioni mandarentur, vt planè significabant dictæ pragmaticæ verba, sine vlla distinctione loquentia, & consequenter sine distinctione in omnem casum intelligenda, & accipienda, *l.de pretio ff. de public. in rem act. l.non distinguemus, ff.de recep.arbitr.leg. 1.§. quod autem Prætor.ff.de alimentorib l.1.§.& generaliter, ff.de leg.præst.l in fraudem, §.vltimo in fin.ff. de militar.testam.l.vltima. C.de hæredit.vel act.vend.Ludouic.Roman.in l.si verò 65.§.de viro, ex numer.19.ff.solut.matrim.Thuscus lit.L.conclus.261. Socin.lit.L.regula 284.Castillo de vsufruct.c.7.num.81.Surdus consil.271.num.27.& 28.lib.2.* Vbi enim lex non distinguit, neque nos distinguere debemus, *l.3.in fin.ff.de offic.Præsid.l.Imperator, §.vltim ff.de postul. cap. si Romanorum 19.dist.Thuscus litera D.concl.508.* Ex quo non solum quoad caput adiudicationis, sed etiam quoad caput venditionis prædicta decreta effectum suum sortiebantur, iuxta tradita ab *Afflictis dict decis. 261. Carauita ad Ritu 259.num.16.Muscatello in prax.lib.2.par.1.glos. Sententia, numer. 163.* A tempore verò Vincentij de Franchis ob quandam animaduersionem Consiliatij Ioannis Fœlicis de Scalaleo recessum est ab antiqua consuetudine, & stylo, & stylus nouus introductus, vt prædicta decreta executioni mandarentur solum quoad adiudicationis caput, si creditor eam viam eligat, non verò quoad caput venditionis bonorum, quoad quem effectum appellatio interposita non solum deuoluit causam, sed etiam suspendit sententiam. Idque ita, vt nostro tempore iam hæc res abierit in consuetudinem incontrouertibilem. Hoc planè colligitur ex traditis à *Franchis decis. 120. Muscatello in praxi lib. 2.p.7.glossa, Condemnando, num. 113. & lib.2.par.3.glossa adiudicantur, ex num.49. Tapia ad prædictam pragm.de assistentia, num.4.lib.3. iuris Neapol. Rubrica 40.Rouito ad pragm.2.num.1.de appellat.refert. Barbatus ad pragmat.de assistentia gloss.1. ex num.52.*

26 Ratio tamen illa præcipua huius nouæ introductionis, de qua *Franchis dicta decisione 120.num.8. displicet Rouito in d.pragmatic.2.* eamque impugnat ex *num.4.* vt videamus, quam leniter in iudicijs introducatur nouus stylus, & recedatur à veteri. Sed quoniam predicta impugnatio inuoluit difficultatem, an, & quando debitor possit recupetare pignora sua in causam executionis capta, & vendita, de qua nos fusè, & ex professo (Deo volente) agemus *titulo sequenti, disputatione 24.* visum est hoc loco eam omittere, & quæ dicenda erant commodiori, & congruentiori loco reseruare.

27 Habet item iuxta iura Neapolitana exequutionem paratam significatoria expedita contra debitores Vniuersitatum per Rationales, aut alios Deputatos ad videndum rationes, & computa Vniuersitatum, *iuxta pragmat.5.in cap.20.& vltim.de administrat. Vniuersitatum*; sic intellectam, & acceptam communi interpretatione, teste *Vincentio de Franchis decis.347. Muscatello in prax. lib. 2.glos.sententia, num.173.& 174.* quæ est *in 1.part.Rouito ad eandem pragmaticam ex num.46.* quæ quoad illud caput concordat cum iure Castellæ *in l.22. tit.6.libr.3. Recopil.* iuxta tradita à *Gutierrez lib.4.practicarum quæst. 37. Bobadill.in Polit.lib.5.cap.4.ex numer.84.Escobar de Ratiocinijs cap.31.* Item iuxta eadem iura Neapolitana executionem paratam habent sententiæ sindicatus quoad pecuniariam pœnam, *vt in capitulo vulgaris famæ.* Regis Roberti, quoad est iuxta ordinem, *Ioan.Anton.de Nigris cap. 260. vbi idem Ioan.Anton.Puteus de sindicatu, verb.Appellatio, cap.1.ex nu.16.* quod videtur concordare cum iure communi *in l.nulli 3.C. quorum appellat.non recipi.*

28 Habent tandem executionem paratam instrumenta publica, & guarentigia confecta, *iuxta Constitut.instrumentorum robur, libro 1.titul.83.apud Afflictum libr.1.Rubrica 79.* Sunt vero duæ viæ exequendi prædicta instrumenta. Altera liquidationis iuxta *Ritum 166.cum sequentibus*, subiectis quibusdam solemnitatibus, & cœremonijs,

nijs, vt ibidem notat *Carauita, Troysius, & Scagliolus num. 18. Maranta in prax. part. 6. tit. de instrumentorum productione, seù octauo actu, ex num. 1. Galterius in practica instrumentaria 2. part. primæ principalis, Rubrica vnica, ex num. 1. Rouitus in Rubrica de instrumentorum liquidatione ex numer. 3. Tapia lib. 3. iuris Neap. Rubr. 45. in princip. & ad prædictum Ritum 166. Item quod si debitores Gizarellus decis. 72.* Istis instrumentis liquidabilib. adnumeradæ sunt Apocæ Bancales, in quarum executione proceditur ad instar instrumentorum liquidatorum via Ritus, *iuxta pragmat. 64. §. 2. & 6. de offic. procurator. Cæsar vbi prosequitur Rouitus ex num. 32. Galterius in practica instrumentaria 1. primæ partis, Rubric. 2. numer. 46. Gaitus de credito, capit. 2. tit. 9. ex numer. 3219.*

29 Altera executionis via conceditur instrumentis publicis, & guarentigijs vigore pacti executiui, quam ex moribus potius, quàm legibus descendisse animaduerti *priore titulo, disput. 2. quæst. 7. sect. 3. num. 913.* Isti sunt frequẽtiores casus, in quibus patet in Regno via executiua, alios enumerat *Muscatellus in praxi lib. 1. part. 7. gloss. sententia, ex num. 133. & ex numer. 165. & Mausonius de causis executiuis, post quæstionem 6. ex ampliatione 1. per omnes sequentes.*

30 Est autem inter has duas exequendi vias latum, magnumque discrimen. Nam prima liquidationis criminalis est, & in ea morosus debitor, qui suæ obligationi tempore debito non satisfecit, non auditur, nisi in vinculis, vel facto deposito, & insuper si vincitur, sic auditus patitur pœnam pecuniariam decimæ Fisco applicandam vltra quantitatem debiti ob periurium incursum, & inobseruantiam iuramenti in omni contractu instrumentario in hoc Regno adhibiti, vt obseruat *Afflictis decis. 64. & Franchis decis. 162. vbi Additio Riccij, & Visconte, & decis. 353.* Et antiquitus erant imposita debitori contrauenienti pœna corporalis abscissionis manus, *vt in Ritu 171. & in Ritu 179.* vbi notat *Carauita & in Ritu 166. nu. 1. in fin.* Secunda verò agendi via est merè ciuilis, & in ea reus auditur extra vincula, & non facto deposito, & nullam pœnam patitur præter solutionem debiti.

31 Hoc tamen loco obuiter obuiter se offert aduertendũ, propter manifestum errorem quorundam mentibus infixum, sententias iudicum delegatorum, etiam si delegatio sit à Principe, & delegatus sit iudex de gremio alicuius Tribunalis, cuius sententiæ habent paratam executionem, vt si esset Consiliarius S.R.C. aut Præsidens Regię Camerę Summarię, non habere executionem paratam, neque executioni mandari debere appellatione interposita ad delegantem, seu ex concessione Principis ad eadem superiora Tribunalia, vt probant *textus in l. 1. in l. eos etiam 16. l. à proconsulibus 19. & in leg. præcipimus 31. §. hoc si appellatio, C. de appellation.* Notatque *Franciscus Marcus decis. 73. ex num. 2. & decis. 75. & decis. 345. 1. par. Maranta in praxi titulo, & quandoque appellatur ex num. 386. Franchis decisione 684. Rouitus in pragmatica 5. num. 17. de officio S.R.C.* qui ita dicit se obtinuisse in quadã causa. Expendo ego pro hac sententia in hoc Regno verba *pragmaticæ 10. in §. 3.* quæ eadem repetuntur in *pragmatica 11. §. 2. de Officialibus, & quæ eis prohibeantur.* & est pragmatica Magni Illius Regis, & domini nostri Philippi II. quę ita habent. *Pero bien permitimos, que en caso de faltimiento de algun Banco, el Virrey pueda nombrar algun Comissario delegado del Consejo, ò de la Sumaria, para que haga lo que al tal Banco conuiene. Y si alguno se sintiesse agrauiado de lo que se sentenciasse, se apele al Tribunal, donde de iusticia ha de venir, y tratarse la causa, de que apelarà.* Ex quibus planè sit, non esse denegatam in hoc Regno facultatem appellandi, quam iura communia concedebant litigantibus apud iudices delegatos, si se grauatos senserint ex eorum sententijs. Ac per consequens appellatione interposita eas sententias executioni mandari non posse. Nam, vt rectè aduotauit *Iason consilio 187. numer. 25. in fine, versiculo, Tertio prædicta conclusio, volu. mine 2.* Vbi permissa est appellatio, illa censetur impedire executionem, alioqui futura esset frustratoria, cùm tamen lex, & natura nihil faciant frustrà, *Augustin. Barbosa Axiomate 33. numer. 3. Brunorus à Sole in propositionum iuris compendio, litera N. verbo, Natura,* vt de lege probat *l. hæc stipulatio, §. Diuus, ff. vt legat. seu fideicommiss. nomi. cau. l. qui bis idem 18.* vbi notat *idem Iason num. 7. ff. de verbor. oblig. l. postliminij 5. §. vltimo, ff. de capt. & postlim. reuers.* de natura testatur *Aristoteles lib. 1. Politicor. cap. 2. & lib. 2. de generatione animal. cap. 4.*

32 Neque nobis obijciat quis verba *pragmat. 1. de delegationibus*, in qua dum referuntur incommoda orta ex delegationibus in hoc Regno frequentissimis, tàm commissis, Tribunalibus, vt vniuersis, quàm quibuslibet Ministris, vt singulis, inter cætera dicitur *Dalche è nato, che dalle sentenze, che in virtù di tali delegationi sono fatte, le parte non ne hanno possuto appellare.* Nam respondetur, illa verba esse referenda ad delegationes facta Tribunalibus, vt vniuersis, obseruatur enim in illis, vt cum iudices congregati sunt superiores, sententiæ primæ mandentur executioni, non expectata reclamatione, neque attenta, quod videtur innuere *Pragmatica 13. de officio iudicum.* Ita contingit in quadam causa inquisitionis falsitatis cõtra quemdam Scribam Sacri Consilij. Nam cùm me agẽte partes Fisci instante fuisset condemnatus ad triremes, per Iudices Congregationis delegatæ contra falsitates, sententia subditò fuit executioni mandata, interuenientibus Dominis Regijs Consiliarijs Ioanne Francisco Sanfelicio, nunc meritissimo Regente, D. Francisco Sapio, D. Flaminio Constantio, & Iudice M.V.C. Marco Antonio Rossino, viris notæ integritatis, vt taceam plurimas alias eorumdem laudatissimas virtutes, & ornamenta. Cùm tamen certum sit, non mandari executioni sententias primas S.C. in causis criminalibus, continentes grauamen irreparabile, cùm proceditur absque delegatione, vt dixi supra *num. 12.* Hoc autem fortaßis ex eo prouenit, quoniam à sententijs latis in iudicio criminali in Collaterali Consilio non datur reclamatio, iuxta antiquam obseruantiam, de qua testatur *Vincentius de Franchis decis. 637. numero 1. & Ponte de potestate Proregis, titulo 12. num. 6.* forsan quia in eis proceditur nomine Regio, vt significat Ponte, & censentur sententiæ Principis, aut Senatus, à quibus appellare non licet, *l. 1. §. 1. & 2. ff. à quibus appel. non licet.* Cùm autem istæ Congregationes procedant in causis ex delegatione Proregis in Collaterali Consilio, videntur obtinere locum ipsius Collateralis Consilij in istis causis delegatis, cùm sint Tribunal collegiatum. Non esse autem verba illa prædictę pragmaticæ referenda ad delegationes factas Ministris Tribunalium, vt singulis quasi significet, ab eorum sententis appellari non posse. In eis enim planum est, non vigere eandem rationem, quippè cum scitum sit prouerbium. *Multæ manus onus leuius reddunt, apud Erasmum chiliade 2. centura 3. adagio 95.* plurium enim industria difficultatem minuit, & integrum est iudicium, quod plurimorum sententijs confirmatur, *cap. prudentiam 21. in principio de officio, & potestate iudic. delegat.* & vt vulgò dicimus, plus vident quatuor oculi, quàm duo, è contra autem.

Vnus

Vnus vir, nullus vir, apud eundem Erasmum chiliade 1. *cent.* 5. *adagio* 40. *& apud Alciatum emblemate* 41. & ibi notata a Commentatore, quæ apptimè in hanc rem cadunt.

33 Vel secundò, & melius respondetur fortassis verba illa pragmaticæ orta fuisse ex vana illa persuasione, à delegatorum sententijs non concedi appellationem qua, vt multi in hoc Regno sunt decepti, potuit etiam decipi illius pragmaticæ ordinator. Quorum verborum ratio habenda non est, cùm non inueniantur in decisione illius, sed in relatione, verba sint fortassis supplicantium pro ablatione delegationum potius quàm Legislatoris Per quæ credendum non est, tot, tamque insignia iuris, ciuilis, & Canonici loca esse correcta, argumento, *l. si quando, C. de inofficioso testamento*.

34 Illud tamen est verissimum, prædictam resolutionem, videlicet concedendam esse facultatem appellandi à sententij, singulorum delegatorum, limitandam esse primo, cùm delegatio fit cum clausula, *quod delegatus procedat nomin. Regio*, tunc enim sententia executioni mandatur appellatione non obstante, vt rectè animaduertit *Capicius decisione* 114. *& Ioannes Vincentius de Anna in repetit. Constitut. Constitutionem de diuæ memoriæ, num.* 10. *Ponte de potestate Proregis, titulo* 2. *num.* 4. Idque magna cum ratione, nàm à principe non appellatur, *l.* 1. *in princip. ff. à quib. appell. non licet*, & prosequens neque ab eo, qui nomine Regio iudicat. Quod confirmatur apertissimo exēplo, nam causæ infra summam vnciarium duodecim cōmittuntur decidendæ cuilibet ex Regijs, Consiliaris, qui potest eas solus decidere, proferendo sententiam nomine Regio, quæ sententia executioni demandatur, non obstante appellatione ad instar sententiarum Sacri Regij Consilij, iuxta *pragmatic.* 41. *capite, seu §.* 12. *de officio S. R. C.*

35 Secundo limitanda est, cùm delegatio expeditur cum clausula, *appellatione remota*, nam tunc sententia delegati non obstante appellatione executioni mandatur. Eam autem clausulam Princeps potest opponere in cōmissione, *d. l.* 1. *§. interdum, ff. à quib. appell. non licet*, notat *Colerus de processibus executiuis*, 4. *part. cap.* 1. *num.* 25. *Sanchez consil. moral. libr.* 3. *vnic. dub.* 10. singulariter loquens. Et sic habui ego commissionem cum prædicta clausula ab Excellentissimo Duce de Alcala huius Regni Protege, & Collaterali Consilio, cùm delegata fuisset mihi anno præterito 1630. instantibus Principe Satriani, & Principe Belmontis inquisitio, & punito cuiusdam scandalosæ seditionis, & resistentiæ, quæ dicebatur facta à Ciuibus Ciuitatis Amanteæ Iudici designato ad immittendum in possessionem illius Ciuitatis Principem Belmontis, cui fuerit vendita à Regia Curia. Nam hic est effectus clausulæ, *appellatione remota*, vt notant *Hippolyt. de Marsilijs singulari* 295. *Marant. in prax.* 6. *part. tit. & quandoque appellatur, ex numer.* 336. *Scaccia de appellationibus, quæst.* 16. *limit.* 1. *ex numer.* 20. *Barbosa tract. de clausulis vsufrequentioribus, clausula* 9. & has easdem duas limitationes admittit *Rouitus in d. pragm.* 5. *d. num.* 17. *de offic. S. R. C.*

36 Vt verò iam regrediamur ad institutum nostrum, cuius gratia hęc omnia præmissa sunt agemus, quonam modo soleat in Regno Neapolitano via exequutiua conuerti in ordinariam, idque in quatuor casibus frequentior ibus, videlicet. Primò in liquidatione instrumenti. Secundò in executione intentata virtute obligationis apud acta. Tertiò in exequutione petita vigore pacti executiui. Quarto in sententiam assistentiæ. Nam quo de his dicemus, poterit in alijs trahi ad consequentiam.

37 In primis, dum quis citatur super tenore instrumenti, iuxta prędictos *Rouitus* 166. *& sequentes*, si appellaret ab indebita citatione, vt quotidie contingit, facta relatione in S. C. pet. M. C. V. si reus allegat contra liquidationem aliquam exceptionibus, quas recensent *Carauita Ritu* 167. *ex n.* 1. *vel contentis in pragmatic.* 8. *cap.* 7. *de instrumentorum liquidatione in nouissima compilat.* aut diceret, instrumentum non esse solemne, *iuxta Const. instrumentorum robur*, quia non interuenerint testes omnes exceptione maiores: cuius exceptionis meminit *Afflictis in dict. Const. instrumentorum robur, numer.* 32. *& Freza de præsentatione instrumentorum part.* 5. *ex numer.* 3. *Gaitus de credito, capit.* 3. *numer.* 396. *cum sequentibus, & num.* 423. *cum sequentib. titul. primo, Carauit. in dict. Ritu* 166. *numer.* 18. Cùm certum sit, vbi statutum, vel lex requirit testes omni exceptione maiores, vel testes integros, & bonę famę, quemadmodum requirit prędicta constitutio, opus esse, vt integritas, & bona fama testium articuletur, & probetur specialiter ab eo, qui se fundat in instrumento, vel testibus, nec sat esse generalem presumptionem de testium idoneitate, vt possit quis obtinere, vt adnotarunt *Hippolyt. de Marsil. singulari* 187. *numer.* 2. *&* 3. *Alciatus de præsumptionibus regula* 3. *præsumptione* 2. *numer.* 2. *Benintendis decision.* 61. *ex numer.* 15. *Rolandus à Valle consil.* 84. *ex numer.* 8. *volum.* 3. *Couarruuias in cap. relatam* 11. *ex numer.* 8. *de testament. Gregor. Lopez in leg.* 117. *titul.* 18. *part.* 3. *glossa* 2. *in fin. Molina de primogenit. libro* 2. *capit.* 6. *numer.* 30. *Ioannes Garcia de expensis, & meliorationib. capit* 6. *numer.* 14. *Velazquez in leg.* 41. *Tauri glossa* 11. *numer.* 2. *Auendanus de exequend. mandat.* 1. *part. caput.* 6. *numer.* 7. *Azeuedus in leg. prim. numer.* 22. *&* 26. *tit.* 7. *libro* 5. *Recopil. Ceuallos in speculo pract. quæst.* 900. *ex numer.* 141. *Bobadilla libr.* 5. *Polit. cap.* 1. *numer.* 224. *Farinacius in prax. quæst.* 62. *ex numer.* 6. *Mascard. de probationibus volum.* 1. *concl.* 222. *bonum quemlibet, ex numer.* 14. *& volum.* 2. *concl.* 1022. *num.* 16. *&* 17. *& Volum.* 3. *concl.* 1255. *qualitas, ex num.* 12. *Menoch. de præsumpt. libr.* 5. *præsumpt.* 1. *ex nu.* 35. *Tattianus de probationib. lib.* 1. *cap.* 53. *ex num.* 61. *Gratian. discept. forensium tom.* 3. *capit* 537. *ex num.* 1. *Thuscus liter. Q. concl.* 16. *ex numer.* 72. *Franchis decis.* 644. *numer.* 2. (quam doctrinam, cum in casu occurrenti, circa *Constitutionem instrumentorum robur* allegarem in S. C. habita est pro vera) aut si facta fuisset pręuentio, iuxta formā *Pragm. vnic. de præuent. moder. vt statuitur in Rit.* 168. *vers. Nota, quòd ille*, & notat *Bern. Pand. de præsentatione, & executione instrumentorum* 4. *parte declaratione* 19. *ex numero* 110. aut cum quouis modo inturbidatur liquidationis via, maximè si causa ipsa liquidationis habet connexionem cum causa pendenti in S. C. interloqui solet idem Sacrum Consilium, *procedatur via ordinaria, aut causa remaneat in S. C.* vtroque enim modo cessat via exequutiua liquidationis, nam in Sacro Consilio non proceditur ad liquidationem instrumentorum, & sic ex via executiua fit via ordinaria.

38 Quod attinet ad obligationes pœnes acta, tametsi executioni demandentur absque prępia partis citatione, vt statuit *Ritus* 128. & ibi notat *Carauita num.* 1. *& in Ritu* 186. *nu.* 2. *Muscat. in prax. lib.* 2. *p.* 1. *glossa in forma, num* 90. multi sunt casus, in quibus post ipsas incusatas opponente debitore defectus obligationis supersedetur in executione. Veluti si opponeretur, obligationem esse contractam à filio familias, sine renuntiatione exceptionis, *quod cum eo*, vel à muliere intercedente pro alio, quo casu iuuatur Senatusconsulto Velleiano, supersedendum

est

est in executione, vt notat *Muscatellus vbi supra num. 91. & 92.* qui alios allegat, & audiuntur partes in via ordinaria.

39 Simili modo præsentato instrumento guarentigiato, & petita executione vigore pacti executiui, fit debitori præceptum de soluendo, cum comminatione executionis, vt notaui *tit. 1. disputat. 2. quæst. 7. sectio 3. numer. 913.* Quod si debitor alleget solutionem, vel compensationem, aut alias exceptiones legitimas contra obligationem recedi solet à via executiua, & prouideri, quod infra tres, vel quatuor dies partes audiantur super omnibus hincinde prætensis, & ex via executiua fit ordinaria.

40 In sententia assistentiæ accidit casus in S.C. in aula, in qua ego residebam, qui visus est nouus, & reuera difficilis, & qui ex vtraque parte haberet maxima incommoda, in causa cuiusdam Fabritij Ricciardi, & Ioannis Felicis Flores Clericorum, cum Eleonora Bonella Nam cùm tractaretur de exequenda sententia assistentiæ prolata in S. C. in fauorem dictæ Eleonoræ contra Ferdinadum Ricciardum fratrem dicti Fabritij, adiudicatis, seu venditis bonis, super quibus erat præstita, quæ putabantur Ferdinandi, vt constat ex processu, comparuerunt prædicti Clerici opponentes se prædictæ executioni, qui asserebant, tempore, quo cœptum erat iudicium assistentię contra dictum Ferdinandum, se fuisse dominos, & possessores eorundem bonorum, super quibus erat petita assistentia, non citatos, nec vocatos ad iudiciũ, ac per consequens sententiam contra ipsos executioni mandari non posse, vt spoliarentur sua possessione, *iuxta textum in capit. licet Episcopus 28. de præbend. in 6. & in cap. cum super 17. de re iudicat. regulamque tituli, C. res inter alios actas, item textum in l. vltim. C. si per vim, vel alio modo,* & notata à *Parladorio lib. 2. rerum quotidianarum cap. 6.* Difficultatem faciebat, quod in iudicio assistentiæ, vt sententia obtineri possit duo extrema sunt probanda. Primum, videlicet, illam rem, super qua petitur assistentia fuisse in bonis, & de bonis rei obligati, qui illam obligationi supposuerit, cum clausulis consuetis constituti, & precarij. Secundum, illam eandem rem, super qua assistentia petitur, possideri, ab eo, contra quem petitur assistentia, iuxta tradita ab *Afflicto decisio. 37. & 383. Franchis decis. 86. num. 5. & 6. decisio 101. num. 21. 22. & 23. Muscatello in praxi lib. 2. part. 1. gloss. sententia, num. 162. Ronito in pragmatic. 1. ex num. 27. de assistentia.* Ac proinde istos, qui se opponebant executioni sententiæ, videri velle infringere totum processum, in quo probatum erat, prædictum Ferdinandum Ricciardum fratrem prædicti Clerici Fabritij Ricciardi cõdemnatum possedisse illa bona super quibus erat præstita assistentia, tempore iudicij cœpti. Videbatur autem hæc noua via oppugnandi sententias assistentiæ, quæ si aperiretur admittendo prædictam oppositionem, nulla futura erat sententia ab ista oppugnatione, & noua calumnia libera in isto Regno, in quo nihil est frequentius calumnijs reorum, & effugij, quominus contractis obligationibus satisfaciant. Quod si hæc allegatio non admitteretur, fore, vt pateret via spoliandi suis bonis homines incautos, & securos, non citatos, nec ad iudicium vocatos dum probaretur per testes falsos (quorum in hac Ciuitate, & Prouincia, vt ferè in alijs innumera est copia) illos reos, contra quos exercetur iudicium assistentiæ, sæpè sæpius etiam in contumaciam, possidere bona, super quibus petitur assistentia, ignorantibus veris dominis, & possessoribus, quod erat valdè durum, & inhumanum. Allegabant autem isti oppositores, errasse testes in iudicio assistentiæ, examinatos, dum declarauerant, Ferdinandum esse possessorem illorum bonorum, super quibus petebatur assistentia, & occasionem erroris fuisse, quòd prædictus Ferdinandus frater veri, domini, & possessoris, videlicet Fabritij Ricciardi, erat prædictorum bonorum administrator, non possessor verus, sed duntaxat iure familiaritatis, *iuxta textum in l. qui iure familiaritatis 41. ff. de acquirenda possessione,* & ibi notata à *Bartolo, Paulo, Cumano, Romano, Alexandro, Mascardo de probationibus, conclusion. 1185. num. 11. & 12. & conclus. 1204. ex num. 6. volumine 3. Menochio de arbitr. libr. 2. centuria 2 casu 160. ex num. 12. Petro de Gregorio de censibus, quæstione 6. num. 12. & 13. & ad eum locum Mastrillo.* De quo offerebant promptam probationem, tàm per scripturas, inter quas erat etiam titulus prædictæ possessionis, quàm per testes. Visum est S. C. iunctis duabus aulis tertios istos oppositores admittendos, vt probarent, quæ allegabant, supersessa interim executione sententiæ assistentiæ, habito pro constanti, si constaret de allegatis, sententiam non esse executioni mandandam, neque præstandam cum effectu assistentiã, quæ concessa fuerat super prædictis bonis. Quę tandem ex parte denegata fuit prolato decreto Commissarius fuit Dominus Thomas de Franchis meritissimus Vincentij filius, socius noster, & amicus charissimus, Actuarius Scaccianento. Anno 1637. mense, vt credo, Iunio. Et reuera noua nõ erat oppositio, quamuis noua videretur; nam qui hæc opponebat, non aliud opponebat, quàm sententiam esse obtentam per falsa testimonia eorum, qui contra veritatem deposuerant, illa bona esse possessa à reo, quæ reuera non erant possessa. Sententia autem ex falsis instrumentis, vel testibus lata, non solum non est executioni mandanda, & suspendenda, *l. iudicati 4. C. si ex fal. instrument.* sed neque eius vlla ratio habenda est, *l. 2. & 3. C. eodem titulo* prosequitur *Carrocius de remedijs contra sententias, exceptione 39. & 40.* & elegantissimè *Vdalricus Zasius Responsorum libro. 1. capite 13.* Volui autem hæc referre pro exemplo futurorum, & vt videatur, quomodo iudicium, etiam assistentię executiuum conuertatur in ordinarium. Neapoli die 26. Iulij, S. Annę 1637.

TITVLVS III.

De iudicio executiuo, & concursu creditorum.

INSTITVTVM nostrum prosequentibus, non est animus scribere integrum de executione tractatum, qui à multis peti potest: nequem item tractatum plenum de concursu creditorum, de quo multi etiam scripserunt. Solum agam de selectis quibusdam difficultatibus, quæ à me in prædictis tractantibus desideratæ sunt, & quæ egent vlteriori consideratione, & declaratione.

SVMMA

SVMMA DISPVTATIONIS Prima.

1 *De formis duarum executionum agendum.*

2 *Distinguendum est, an possessio, rei in qua facienda est executio vacet, vel sit apud reum condemnatum.*

3 *Cùm possessio vacat, officio iudicis, traditur possessio victori.*

4 *Cùm possessio est apud reum manu militari aufertur ab eo, & traditur actori victori.*

Mandatum de parendo expeditur ante literas executoriales, ibidem.

5 *Cùm quis condemnatur ad soluendam actori quantitatem certam, datur illi quadrimestre tempus ad obtemperandum sententiæ.*

Antiquus mos exequendi sententias contra debitores condemnatos, ibidem.

6 *Si debitor intra quadrimestre tempus non soluit, pignoribus captis compellitur parere sententiæ.*

Venditio pignorum captorum in causam iudicati debet fieri præsenti pecunia ibidem.

Debitor gaudet dilatione sex mensium, vt condemnationi pareat, quatuor antequam pignora capiantur, duorum verò post capta antequam vendantur, ibidem.

7 *In captione, & venditione pignorum seruantur statuta à* textu in l. à Diuo Pio, §. in venditione, cum sequentibus.

Pignora iudicialia distincta à cæteris, quatuor sunt enim genera pignorum, ibidem.

Creditor admittitur ad licitationẽ pignorum iudicialium, alio emptore non reperto, imò reperto præfertur ibidem.

8 *Nomina debitorum confessa capi possunt pro pignore, & à iudice executionis exigi.*

9 *Subhastatio requiritur in omni venditione, quæ fit præcedente decreto.*

In venditione mobilium an, & quando subhastatio requiratur ibidem.

10 *Subhastatio bonorum minoris, Ecclesiæ, & Fisci stabilium debet fieri, cum termino viginti dierum.*

Ecclesia, Fiscus, Respublica, & minores æquiparantur in iure, ibidem.

In aliis casibus tempus subhastationis est iudici arbitrarium, ibidem.

11 *Ordo relatus I. C.* in d. l. à Diuo Pio. §. in venditione, *an sit substantialis, & omnino seruandus, & qui affirmauerint.*

12 *Sententia negatiua verior, & minus scrupulosa, & qui eam sequuntur.*

13 *Tres vias habet creditor ad exequendam sententiam contra debitorem vltra venditionem bonorum. Primam adiudicationis prævio appretio, & num. 14. & 15.*

16 *Emptore non inuento, non addicebantur olim pignora creditori, licèt mitteretur in bonorum possessionem.*

17 *Cùm creditor vult pignora executionis capta in creditum possidere, mittitur in eorum possessionem sine appretio, & non potest petere reliquam quantitatem, licet sit plus in debito, quàm in pignore.*

18 *Creditor potest petere immissionem in possessionem bonorum captorum debitoris iure pignoris.*

19 *Cùm creditor sic mittitur in possessionem, fructus bonorum extenuant sortem.*

Creditor non compellitur solutionem debiti per partes accipere, ibidem.

20 *Vtilis est iste modus exequendi, cùm res capta subiectæ sunt maioratui, aut fideicommisso.*

Possessor feudi, maioratus, vel fideicommissi potest vendere, locare, aut donare fructus pro sua vita, ibid.

21 *Denegatio audientiæ donec pareatur sententiæ, & alius modus executionis.*

22 *Instrumenta de iure communi non habent paratam executionem.*

Id tamen in quibusdam casibus limitatur ibidem.

23 *An in executione requiratur citatio debitoris, & num. 24.*

Et quid Doctores senserint ibidem.

Requiritur citatio apud omnes, sed non eodem tempore, ibidem.

25 *De iure Neapolitano, & styli S. C. quid seruetur, & num. 26.*

27 *De iure Castellæ quid seruetur.*

Instrumentum guarentigium executioni mandatur eodem modo, & forma, quibus sententia in iudicatum transacta, ibidem.

Fideiussio de saneamiento, *quę contineat, ibid.*

Multi sunt qui pro debitis carcerari non possunt eo iure, vt mulier honesta, & inhonesta, dummodò sit nupta, & nobilis, quem Hispanè vocamus Hidalgo. *dum debitum sit ciuile ibid.*

Cùm lex, vel statutum introducit aliquid de nouo cum certis modificationibus, videtur data forma, ibid.

28 *Subhastatio in mobilibus, & immobilibus quo tempore facienda sit, & quo tempore duret.*

29 *Quo tempore fiat oppositio, & de forma, qua exequutio perficitur per vltimam sententiam addictionis.*

30 *Cautela, qua vtuntur practici in licitatione bonorum debitoris reijcitur.*

31 *Creditor si malit, potest mitti in possessionem bonorum debitoris.*

32 *Quando absoluendus sit reus in processu executiuo, & qui tradat eius formam.*

DISPVTATIO I.

Quæ nam sit executionis forma, iuxta ius commune, iuxta ius Neapolitanum, & iuxta ius Castellanorum.

1 De duabus executionibus hoc loco agendum est, qua forma fieri debeant. Prima est executio sẽtentiæ condemnatoriæ, qua quis condemnatur ad relaxandam rem actori, rem ipsam vindicanti, vel instrumenti, quo se obligauit ad aliquam rem alteri relaxandam, vel restituendam. Secunda est executio sententiæ, qua condemnatur quis ad soluendam creditori certam quantitatem, aut instrumenti publici & guarentigij, quo quis se obligat ad certam quantitatem persoluendam.

2 Primus autem casus duobus modis contingere potest. Primò si possessio rei pertinentis ad obtinentem pro se sententiam vacat: veluti si plures prætendant, ad se pertinere rem fideicommisso subiectam per mortem fideicommissarij, quam nullus illorum possidet, quia vel fit sequestrata, vel omnino vacans. Secundò si possessio rei sententia, vel instrumento comprehensa non vacat, sed est apud reum condemnatum, vel obligatum.

3 Primò casu prolata sententia res, quæ declarata est pertinere ad vnum ex litigatoribus, officio iudicis traditur eidẽ, quo immittitur eius in possessionem, & sic peragitur

gitur exequutio, *cap. cum aliquibus 6. de sentent. & re indicat.* notat *Federicus SchenKius tractatu de executione rei iudicatæ, num. 1. tom. 5. tractatuum, Asinius in prax. iudiciorum, §. 31. capit. 6. num. 3.* Et hæc executio hac forma facienda est, tam de iure communi, quàm de omni alio indistinctè.

4 Secundo casu, quando reus est in possessione rei, quam declaratum est ad actorem pertinere, & condemnatur ad eam relaxandam, seu restituendam, si sententiæ non paret, manu militari, idest adhibita iudicis familia officio eius possessio aufertur reo, & actori victori traditur, illo in possessionem immisso, *l. qui restituere 68. ff. de rei vendicatio. & ibi notant gloss. & Doctores*, vbi quid agendum sit, si reus rem, quam condemnatus est restituere, non possit restituere, interueniente eius dolo, vel non interueniente. Hoc ita faciendum est iuxta omne ius. Ex stylo tamen Tribunalium superiorum Neapolitanorum condemnato reo ad rem relaxandam, seu restituendam, expeditur confestim mandatum de parendo sententiæ, (ne vocant practici) priusquam expediantur literæ exequutoriales, & deueniatur ad executionem, quē stilum etiam iuxta iura Castellę seruandum putat *Parlad. lib. 2. rerum quotidianarum cap. fin. 5. par. §. 2. nu. 4.* consonat *Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. nu. 1. vers. Vnam tamen est*. Qui vrbanior est agendi modus, quod iniungitur reo, vt intra breuem terminum iudici arbitrarium pareat sententiæ, & facit iudicata, cum comminatione executionis, si aliter factum sit. Cui mandato intimato, si reus non paret, succedit prædicta executio manu militari facta, qua res aufertur reo, & transfertur in actorem, quod ex infra dicendis vlterius declarabitur. Hæc quoad primam executionem.

5 Quod attinet ad secundam executionem, & causam, quo quis per sententiam, quæ habet authoritatem rei iudicatæ, condemnatus est ad soluendam alteri certam quantitatem, iuxta ius commune quadrimestre tempus a die condemnationis, vel si prouocauerit, à die confirmationis sententiæ connumerandum indulgetur condemnato, intra quod obligationi satisfaciat, *l. 2. & 3. C. de vsuris rei iud. cap. quærenti 26. de offic. & potest iud. de leg. & ibi gloss. verb. Quadrimestre tempus, Federicus SchenKius tract. de execut. rei iud. num. 2. & 3. Negusantius de pignorib. 6. par. membr. 1. num. 7.* Olim erat tempus bimestre, *l. debitoribus 31. ff. de re iud. d. l. 3. §. Et cum antiquitas, C. de vsur. rei ind.* Antiquitus per leges duodecim tabularum triginta dies concedebātur ob ęris conquirendę pecuniæ causa, teste *Aulo Gellio noctium Atticar. lib. 20. cap. 1.* refert illius legis verba *Balduinus ad leges 12. tabul. l. 46.* & ad eam ipse notat, *num. 18. cum seqq* item *Caluinus post legieum, sub tit. de Regijs legibus, l. 33. & 34.* & quibusdam additis *Iacobus Reuardus ad leges duodecim tabularum, cap. 8. Antonius Contius successiuarum lectionum iuris ciuilis, lib. 2. cap. 18. Ludouicus Caronda ad leges 12. tab. leg. 63. Iustus Lipsius in libello de Regijs legibus, leg. 33. et 34. tom. 2. Azor instit. moral. tom. 1. lib. 6. capit. 63. in lege 34. & 35. & Couarruuias libro secundo var. capit. 2.* sequutus vt ait *Aymmarum Riuallium, et Oldendorpium*. Quod si debitor intra illos triginta dies creditoribus non satisfecisset, in carcerem conijciebatur, vbi detinebatur grauibus vinctus compedibus sexaginta aliorum dierum spatio, & inter eos dies trinis continuis nundinis ad Prætorem in Comitia producebatur, prædicato quanto ęri alieno esset obnoxius. Tertijs nundinis capite pęnas dabat, aut extra Ciuitatem mittebatur venundandus. Si plures essent creditores tertijs nundinis ad eorum libitum, & iuxta eorum numerum in frusta secabatur. Qua lege nihil limitius, & immanius excogitari poterat, nisi (vt Contius ait) eo consilio tanta immanitas pęnę denunciata erat, ne ad eam vnquam perueniretur. Erat verò nundina (ne id ignoretur) nouus quisque dies rusticis feriatus, quo octo diebus in agris opus faciebant, nono autem die intermisso rure ad mercatum, legesq; accipiendas Romam adibant, vt tradit *Macrobius, Saturnaliorum, lib. 1. cap. 16. Caluinus in lexic. verb. Nundinæ* Eiusdem antiquæ legis meminerunt *Tertull. in Apologetico aduersus gentes, capit. 4. et ad eum locum Iacobus Pamel. num. 53. Alexand. ab Alexandro Genialium dierum, lib. 6. cap. 10. Hugo Donell. tract. de pignoribus, cap. 10. et Parladorius libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. par. §. 7. nu. 1.* quæ tandem antiquata est.

6 Si vero debitor post quadrimestre tempus nouis legibus indultum non soluit, pignoribus captis compellendus est ad satisfaciendum, verum post capta pignora indulgetur etiam debitoribus tempus duorum mensium aliorum, quo possint soluere, & antequam pignora vendantur, vt notat *Iason. in d. l. debitoribus numer. 4. post Bart. et alios ibi, ff. de re indic.* atque ita hodie gaudebit debitor iuxta ius commune tempore sex mensium, quatuor quidem antequàm pignora capiantur, duorum verò post capta pignora ante eorum venditionem, quòd si nec tūc soluat, proceditur ad vlteriora. Nam pignora subhastantur, & venduntur: de pretio autem creditori satisfit, & si quid supersit, redditur ei, cuius pignora vendita sunt, *d. l. debitoribus*. Venditio autem debet fieri præsenti pecunia, quo celerius, & commodius creditor dimittatur, non autem habita fide de pretio, *l. à Diuo Pio, §. Si post addictum, in fin. ff. de re ind.* notat *Bart. ibi ex num. 2. et Doctores, Colerus de processibus executiuis, par. 3. cap. 9. numer. 94.*

7 In capitione, & venditione pignorum pro causa iudicati captorum obseruanda sunt quę seruanda iubet *textus in d. l. à Diuio Pio 15. §. In venditione, cum §§. Sequentib.* & ibi notat Doctores omnes, *Balduinus ad leges 12. tabularum in l. 46. num. 76. Negusantius de pignorib. 6. par. memb. 1. ex n. 7.* Nā prius capienda sunt mobilia, quòd si hęc ad satisfactionem non sufficiant, capiuntur res soli, seu immobilia, si autem neque hęc sufficiant, ad iura, & actiones tandem peruenitur. Hęc autem pignora iudicialia vocantur, condistincta à conuentionalibus, quę contractu fiunt, *l. contrahitur 4. ff. de pignorib.* & Pretorijs, quę ex edicto ordinario Pretoris descendunt, hęc iudicialia non ex edicto, sed specialiter iubente Magistratu, vt pignora capiantur pro executione sententię, extra ordinem constitui dicūtur, *l. si pignora 50. ff. de euict.* & in vtrisque, vt contrahantur in vicem iustę obligationis contractus, succedit authoritas iubentis, *l. 2. C. si in causam iudicati.* Et in quo differat pignus Pretorium à iudiciali, tradit *Cuiacius in Paratitia ad titulum, C. si in causam indic.* Distinguuntur etiam pignore legali, seu legitimo, quod tacitè à lege ipsa constituitur, *l. certi iuris 5. ff. de locato, §. Item Seruiana, Inst. de action l. 1. C. commun. de legat.* de quo videantur *Negusantius de pignor. 2. par. membr. 4. Balduinus de pignor. cap. 3. et cap. 7. Hugo Donell. de pignorib. cap. 3. et 4.* Hęc iudicialia pignora, vt iudicato satisfiat per officium eius, qui ita decreuit (id est, per Officiales, Ministros, & Apparitores iudicis, vt *Glossa marginalis, et Cuiacius* explicant) venundari solent, *l. 2. C. si in causam iudicati, l. eos 9. C. de execut. rei iud.* & alio emptore non existente, vel existente, & non dignum pretium offerente, creditor ipse ad licitationem admitti potest, quasi quilibet extraneus, & pignus emere, *d. l. 2. C. si in caus. indic. Matthias Colerus de*

pro-

cessib.execut.par.3.capit.9.num. 87. *Negusantius de pignor. 6.par.memb.1.num.10.Meirer. de pignoribus libr.1. titul.2. numer.23. post Bart.Bald.Paulum, & Zasium*. Imò in hac bonorum venditione creditor præfertur extraneo licitatori, *l.cùm bona 16.ff.de rebus authoritate iud.possiden.aliàs l.1.ff.de priuileg.creditor.vbi Bartol.& Cuman.ante numer.1.* conciliant hasduas leges, vt in prima subintelligatur *maximè*, quasi *dict.leg.2.* statuit quid agendum sit, maximè emptore non reperto, non negat tamen, quod asserit *d.l.1.* scilicet creditorem emptori etiam reperto esse præferendum. Idem notarunt in eadem, *l.1. Angelus numer. 1.& 2. Ripa num.1.& 2.* Meminerunt huius prælationis *Brunus tractat. de cessione bonorum, quæst.23. principali, ex num.1 ad 3. Affinius tract.de executionibus §.6.cap.8.ex numer.1.Parlador.d.cap.fin.5.part.§.13.num.9.& 10.Marenta post suam prax.disp.8.num.29. Faber. libr.8. Codicis, titul.17.difinit.32.* consonat *Franc.decis.69.numer.4.* Scio impotatum esse culpæ cuidam iudici à quodam magno Sindicatore, quod in quorundam bonorum venditione dictam legem seruauerat: nam hoc seculo culpa etiam putatur seruare leges, nec mirum, nam quod meritum est præmio dignum, in culpam conuertere, conari solet malignitas, & ignorantia.

8 Quando verò capiuntur pro pignore nomina debitorum, inspiciendum est, cuius nam sint conditionis, nam capi possunt quæ confessa sunt, non quæ negantur, & sunt litigiosa, *dict. l. à Diuo Pio, §. Sic quoque, & §.Sed vtrum, Socinus consil.37.nu.24.volum.4.* & poterunt Iudices executionis exigere nomen, imò debebunt, si id ipsis facilius videtur ad rem exequendam, quam illud vendere, *dict. eadem leg.à Diuo Pio, §.Item quid dicemus*, animaduertit *Cumanus in ead.l.à Diuo Pio, §.Sic quoque, num. 1.Zasius num.7. Imola* statim *in princip.* Certè debitorum fauor esset à nominibus incipere, quibusdam personis non negandus quemadmodum pupillorum, & minorum fauore constitutum est, vt dum pecuniam habent, vel nomina, ad venditionem bonorum stabilium, seu soli non procedatur, vt eorum exsoluantur debita, *l. magis puto 5.§.Non passim, vers.Quærere ergo debet,ff.de reb. eorũ* animaduertit *Colerus de process.exec.3.parte,d.cap.9.ex n.31.*

9 Eodem iure communi, regulariter in omnibus casibus, in quibus alienatio sit præcedente decreto, & authoritate Prætoris, subhastatio requiritur, vt animaduertunt *Pinellus in l.2.2.par.cap.2.in fin.C.de rescind. vendit. Molina de primog.lib.4.cap.3.numer.44.& 45.Menoch.de arbitrar.libr.2.cent.2. casu 129.numer.1.post Bartol.Alber. Baldum, Ioan.de Platea, & Matth.de Afflict.* Qui tamen id non dicunt. Conueniunt quidem in eo, quod in venditione rerum stabilium minoris, Ecclesiæ, fisci, & Ciuitatis, subhastatio requiritur tanquam solemnitas necessaria. Id que notat *Iodocus Dambouderius tractat.de subhastationibus, cap.1.ex numer.15.& cap.2. ex num.1.* Quoad bona minoris id significat *text.in l.& si sine 8.§.Quæsitum, ff.de minor.*& sentiunt relati à *Gratiano discept. foreus. tom. 3.cap.479.ex num.2.ad 8.* quamuis ipse ab ea sententia recedat *ex num.9.* quem etiam sequitur *Rouitus in pragmat.1 ex num.104.de titulorum abusu inscribendo sublato*, quorum tamen sententiam falsam existimo, vt etiam existimat *Surdus cons.49.ex num.19.libr.1.* In cæterorum bonis vendendis pro executione rei iudicatæ interuenire debere, significat *textus in l.ordo, C. de execut.rei indic. & Salic.ibi num.2.Negusantius de pignor.6.par.membr.1.num. 47.*sentitque idem *Dambouderius vbi supra capit. 3.ex numer.1.Asinius de executionbus §.6.cap.1.ex num.1.15.* statuit *l.52.tit.5.part.5.*& ibi notat *Gregor. gloss.3.* & ibi statuitur pro subhastatione terminus decem dierum, meminit *Castillo in l.27.Tauri, tract.de ratione reddenda, quæst. 9.in princip Gaspar.Roderic.de annuis reddit.lib. 2. quæst.17. numer.19.* Extra hos casus nihil videtur esse constitutum. Imo sunt qui sentiant, in venditione mobilium pro iudicato pignoratorum, maximè si in ea non cadit affectio, vt quia recipiant functionem in genere suo, vt sunt vinum, oleum, frumentum, addunt alij lardum, butirum, caseum, & similia esculenta, aut poculenta, non requiri subhastationem, sed sat esse, si in foro publico vendantur absq; præconio, vbi hæc vendi consueuerunt, vel adiudicentur creditori pro pretio communi currenti quoniam harum rerum pretium manifestũ est, cùm per singulatum hebdomadarum mercatus habeantur per ciuitates venalia in foro publico: ex istis sunt *Colerus de processibus execut. par.3.d.cap.9.ex num.51.Peregrinus de iure fisci, lib.6.titul 4.numer.14.Dambouderius de subhastationib.cap.2.numer.7.* sequuti *Baldum in l.1.numer.8.C.si propter publicas pensitationes*, quem etiam sequitur *Gregorius vbi suprà.* Et similiũ rerum prætium optime probatur ex æstimatione, qua in foro publico emuntur, & venduntur, *cap.1. de empt.& vendit.Bart. in l.prætia rerum 63.§.Nonnullam, numer.3.ff. ad l.Falc.& in l.septem 12.C. de erogat.militar.annona, libr. 12.Afflict.decis.316.num.7.Corsetus singulari 391.* ac per consequens in harum rerum venditione collusiones interuenire nequeunt. Subijcit tamen vbi suprà Peregrinus, moribus receptum esse apud suos, vt ista vendantur in publica subhastatione, vnico tamen proclamare, nisi aliud res exegerit, & iste vsus tutior est, & conformior *textui in d.l.52.tit.5.par.5.*

10 In subhastationibus, quæ fiunt pro venditionibus rerum stabilium Ecclesiæ, minorum, & fisci, statutus est à iure terminus viginti dierum, ex *textu in Auth. hoc ius porrectum, C.de sacros.Eccles.* qui pro rebus Ecclesiæ distrahendis terminum viginti dierum assignat. Et argumento ab Ecclesia ad Fiscum, de quo *Euerar. in locis legal. loco 75.* ad eundem Fiscum Extendit *glossa in l.1. verb. Præstituta, C.de vendend.rebus Ciuit. lib.10.* Et argumento ab Ecclesia, & Fisco, ad Rempublicam, & minores, de quo *Euerardus loco 63.64.66.& 67.* quia Ecclesia, fiscus minores, & Respublica in iure habentur pro paribus, & similibus vt notat *Iodocus Dambouderius in Enchirid. parium, & similium, iur. verb. Eccl. verb. fiscus, & verb. Respublica*, extendunt Doctores ad subhastationem bonorum Reipublicę, & minorum. Docuit *Bartolus in leg. licitatio 9. in principio numer. 3.ff. de Publican. & vectigal. Baldus in leg.1.numer.5.Cod. de præscription. triginta, vel quadraginta annorum, & in d.leg.ordo numer. 4. vbi Salicet.numer.2.Cod.de execut. rei iudic. Capicius decis.36. numer. 4.* meminit *Asinius de execution.§.6. dict. capit.1. ex numero 18. Rebuff.tom.2. in Constitution. Regias tract. de præconijs, licitationibus, & subhastationibus, artic.4.gloss. vnica, numer.31.Menochius de arbitrar.libr.2.dict. casu 129. numer. 3.Fabianus de Monte Sancti Sabini de emption. & vendit. quæst.5. principali nu.86. Dambouderius de subhastationib. c.5.n.1.Peregrinus de iure fisci, lib.6.tit.4.n.5 Negusant.de pign.6.por.membr.1.nu.47.Surdus cons.49.ex num.19. vol. 1.Mantic. de tacit.& ambig.conuent.libr.4.tit.6. numer.31.* In cæterorum bonis subhastandis tempus subhastationis est iudici arbitrarium, cùm nihil reperiatur à iure statutum, *Bart.in d.l.licitatio, in princip.d.num.3. Salicetus in d.l.ordo, num. 2. Ioannes de Platea in l.si tempora 4. numer. 1.Cod. de fide instrum.& iur.hast.fiscal.libr. 10. Angelus Aretin.in §. contrà autem numer.8.Inst.quibus alien. licet, vel non, Menochius dict.cas.129.numer.2.Capicius d.decis. 36. num.4.*

num 4. Molin. de primog. lib. 4. d. cap. 3. num. 46. Asinius trat. de executionib. §. 6. cap. 1. num. 18. Dambouder. d. cap. 5. num. 1. & 2. Gratianus discept. forens. tom. 2. capit. 375. numer. 15. cum sequentib. Colerus de process. executiuis, par. 3. cas. 9. ex num. 86. Vbi de subhastationibus apud Germanos. Et apud Castellanos vide *d. l. 52. tit. 5. part. 5.* Multa de subhastatione habes apud *Muscatellus in prax. libr. 2. part. 3. glos. Venduntur.*

11 An vero censenda sit forma substantialis executionis, ordo relatus à Iurisconsulto *in d. §. In venditione*, quoad captionem, & venditionem pignorum, ita vt eius omissio vitiet executionem, vel potius sit ordo seruandus quoad melius esse, non necessario, & præcisè, res est controuersa inter Doctores. Nam in sententia affirmatiua, esse, inquam, illum ordinem de forma, & substantia, & eius omissione executionem esse nullam, & inutilem, sunt *Ioannes de Imola in d. §. In venditione, numer. 11. Alexand. num. 13. Iason. num. 19. Felin. in cap. quoad consultationem 15. numer. 12. de sentent. & re iud. & in cap. cùm dilecta 22. num. 6. vers. Secundum signum, de rescript. Afflict. decis. 358. Molina de primog. libr. 4. capit. 7. num. 24. Maranta in prax. part. 6. tit. de execut. num. 9. Parlador. lib. 2. rerum quotid. capit. fin. 5. part. §. 3. num. 4. & 5. Auendan. de exequend. mandat. 1. part. cap. 17. num. 4. Rodriguez de execut. capit. 5. num. 29.*

12 Contrariam tamen sententiam, quinimò ordinem illud *d. §. in venditione*, non esse præcisum, & de substantia, & illius omissionem non vitiari executionem, amplectuntur *Bart. in d. §. in venditione, num. 8. & 9. Cumanus num. 1. in fin. Ioann. Andr. in cap. quoniam frequenter, num. 61. vt lite non contest. Antonius Butr. in eod. cap. §. sin autem, num. 5. Panor. in cap. quoad consultationem 15. numer. 27. de sent. & re iud.* & magis communem dicit *Gregorius in leg. 3. tit. 27. part. 3. gloss. 1. Rebuffus in Const. Reg. tom. 1. tract. de litter. obligator. art. 11. gloss. 4. numer. 1. Guido Papa decis. 281.* & vbi proceditur sola facti veritate inspecta, vt in Regnis Castellæ, & Neapolis; iuxta dicta supra *tit. 2. disp. 2. num. 25.* executionem facta ordine illo prætermisso reuocandam non esse, sentit *Gutierrez practic. libr. 1. quæst. 131. numer. 3. Azeued. in leg. 19. numer. 40. tit. 21 libr. 4. Recopil. Gramatius ad pract. Octauiani Vestrij lib. 8 cap. vlt. numer. 27.* In eadem sunt *Afflict. post. Andræa de Isernia in Constit. Dilationes, numer. 32. libr. 2. Rubric. 17. Franch. decis. 441. Antonius Gabriel, libro secundo, commun. titul. de executione rei iudic. conclus. 2. Gamma decis. 199. numer. 6. Intrigliol. singulari 77. libr. 2. Surdus consil. 39. numer. 22. & 23. libr. primo, Trentacinquius libr. 2. variarum. tit. de executione rei iudic. resol. 2. ex num. 3. & 4. Asinius in praxi iudicior. §. 31. capit. 6. Muscatellus in prax. libr. 2. pagin. 3. gloss. seruata, ex numer. 10.* Et hanc sententiam crederem sequendam esse tanquam magis communem, & minus scrupulosam.

13 Præter hanc primam viam exequendi condemnationem per venditionem bonorum debitoris duas alias habet creditor, vt ex tribus eligat, quam malit, vt suum creditum consequatur, vt docuit *Glossa magistralis in d. l. à Diuo Pio, §. si pignora, in verb. Addicantur, ff. de re iud.* quam extollunt ibi, *Imola num. 14. Iason num. 4. Baldus in l. ordo 3. numer. 1. C. de exequut. rei iud.* sequitur *Socin. consil. 37. numer. 9. libr. 4. Colerus de proces. execut. part. 3. capit. 9. ex numer. 77. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. part. §. 13. ex num. 12.* Nam si pendente subhastatione non reperiatur emptor, qui iustum pretium offerat, neque ipse creditor licitare velit, vt in pretio creditum compenset, & excomputet, iuxta *dict. leg. 2. C. si in caus. iud. & l. ordo, C. de execut. rei iudic.* poterit petere, vt pignora sibi adiudicentur præuio appretio pro quantitate, quæ ei debetur, seu pro tanta quantitate, quanta est summa, quæ ei debetur. Imò verò, & iudex ex officio id facere potest creditore inuito, si debitor instet, adiudicari illa capta pignora pro quantitate debiti, id est vsque ad concurrentem quantitatem, maximè stante iure hodierno *in Auth. hoc nisi debitor. C. de solution.* qua statuitur, vt non habente pecuniam debitore, neque inuento emptore bonorum eius, creditor cogatur res debitoris æstimatas in solutum recipere. Cum qua Auth. de iure Castellę concordat, *l. 3. tit. 14. par. 5. vbi glossa Gregorij, & Parlador. d. cap. fin. 5. par. §. 17. ex numer. 22.* Æstimatio autem, & appretium bonorum debitoris, qua forma facienda sint, tradit *Colerus de processib. execut. par. 3. d. cap. 9. ex n. 120. & Menoch. de adipiscend. possess. remed. 5. ex num. 160.* Adiudicari verò debere creditori, pro quantitate debiti pignora capta in causam iudicati, statuit *text. in dict. §. si pignora, in prima part.* in quo præscribitur forma obseruanda à iudice in additione pignorum emptore non inuento. Reiecta tanquã iniqua, & ab omni iure aliena sententia eorum, qui existimant, petente creditore simpliciter ad iudicationem pignorum pro suo credito, aut iudice simpliciter adiudicante, censeri pignora datam in solutum pro toto debito, ita vt si creditum excedat prædictorum pignorum valorem non possit creditor amplius petere, quasi de toto suo credito transegisse videatur, vt residuum non petat, iuxta *textum in eodem §. Si pignora, in vers. Nam si creditor,* & distinguentium hunc casum ab eo, quo creditor petit non simpliciter, sed pro iusta æstimatione adiudicari sibi pignora. Tunc enim (dicunt) non intelligitur adiudicatum pignus pro toto debito, sed vsque ad concurrentem quantitatem, & creditor poterit petere residuum, quemadmodum creditor in pignore conuentionali, quando idoneum non est, potest superfluum petere, *l. creditor, qui non idoneũ 28. ff. si cert. petat. l. aduersus 10. C. de act. & oblig.* Quam sententiam sequuti sunt *Accursius in d. §. Si pignora, verò Contentus, Bart. ibi num. 3. Cumanus, Imola, num. 14. Alexand. num. 9. Iason num. 4. & 5. Albericus nu. 2. Angelus numer. 2. Fulgosius in dict. l. ordo, in fin. C. de execut. rei iudic.* sequitur *Trentacinq. libr. 2. variar. titul. de execut. rei iudicatæ, resolut. 2. ex num. 8.*

14 Verior est interpretatio *Duareni ad titulum, ff. de re iudic. prælectione 19. ad d. §. Si pignora*, qui sentit, esse distinguendos duos casus. Primus est, quando creditor petit, adiudicari sibi pignora, siue simpliciter, siue pro iusto pretio, vel quo iudex ex officio ea adiudicat, siue simpliciter, siue pro certa quantitate debiti, de quo casu agitur *in dicto §. Si pignora in 1. par.* Quo casu dicendum est, pignus sit adiudicatum non censeri datum pro tota quantitate debita, sed iuxta valorem, & æstimationem pignoris, & tunc creditor ad residuam quantitatem sui crediti agere potest. Quod manifestè probatur primò ex *text. in leg. vltima §. Sin autem biennium, vers. siquidem, Cod. de iur. domin. impetr.* vbi probatur, dominium pignoris non inuento emptore impetrandum esse à Principe, iuxta, quantitatẽ debiti, ita vt si plus sit in debito quàm in pignore, quoad excessum saluum maneat ius creditori ad petendum residuum, & è conuerso, si plus sit in pignore, quam in debito, ius integrum debitori reseruetur. Ergo addictio pignorum simpliciter facta, neque debitori, neque creditori præiudicat, vt rectè animaduertit *Hugo Donell. tract. de pignor. & hypothecis, capit. 11. in fin.*

15 Neque dicas, in illa, *leg. vlt.* agi de pignore conuentionali,

tionali, *in dict.* verò *Si pignora* de pignore iudiciali: nam quoad attinet ad rem, de qua agimus, nulla congrua differentiæ ratio inter vnum, & alterum pignus inueniri potest maxime cùm ea æquiparauerit Imperator *in l. vlt. C. si in causam iud.*

16 Secundò idem probatur, quoniam licèt non inueniretur emptor, olim pignora non addicebantur à iudice creditori, quamuis creditor in eorum possessionem mitteretur, *l. ordo, in fin. C. de exequut. rei iud.* nisi per calliditatem debitoris emptor non potuisset inueniri, quo casu dominum pignoris, non à iudice, sed a Principe impetrabatur, *d. l. vlt. C. si in causam iudic.* Et ratio erat, quia aliud pro alio inuito creditori persoluendum non erat, *l. 2. §. Mutui datio, ff. si cert. petat. Aug. Barbosa axiomate* 210. *num.* 8. & quia per hanc pignorum addictionem creditor in effectu cogitur emere, contra regulam, *l. neque emere* 16. *C. de iure deliber.* Nam talis addictio, & datio in solutum censetur emptio, *l. si prædium* 4. *C. de euiction.* Postea verò fuit ab Imperatoribus rescriptum (vt dicitur *in dict. §. Si pignora* (vt pignora à iudice addicerentur creditori. Fuit autem rescriptum necessarium, quia prædictæ regulæ iuris contrarium dictabant. Itaque si emptor pignorum per fraudem creditoris non inueniretur, tunc dominum à Principe impetrabatur, *dict. l. vlt. C. si in causam iud.* Illud autem, quod olim data fraude impetrabatur à Principe, hodie sine vlla debitoris fraude fie à iudice ex rescripto Imperatorum. Quemadmodum igitur in dominio impetrato à Principe non priuabatur creditor iure suo, *d. l. vltim. in d. vers. Sed siquidem C. de iur. dom. impetr.* ita etiam priuari non debet ex addictione, seu datione insolutum facta per iudicem, subrogata in locum impetrationis dominij, quamvis simpliciter fiat. Accedit, quod in dubio censendum est, talem fuisse voluntatem iudicis, qualem lex iubet, & qualis esse debet, ne iniuriam inferat, & ius petentis deterius reddat, alioqui esset in potestate iudicis pignora simpliciter adiudicando, fraudare creditorem, & locupletare debitorem cum aliena iactura, contra regulam *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* & notata ab *August. Barbosa axiom.* 139. Neque est verisimile id, quod contra regulas iuris fuit introductum contra creditorem, voluisse legumlatores durius noua iniquitate reddere, dum statuerent, vt pro magna quantitate debita pignora modicæ æstimationis illi addicerentur, & à petitione residuę quantitatis maneret exclusus. Præsertim cum probabilissimum sit, *Iustinianum in d. l. vlt. C. de iure domin. impetr. ad* similitudinem addictionis faciendæ per iudicem, de qua *in dict. §. Si pignora*, constituisse, vt dominium pignoris impetraretur à Principe vsque ad concurrentem quantitatem debiti. Quemadmodum igitur in addictione facienda per Principem, neque creditor, neq; debitor iure suo fraudabantur, in addictione facienda per iudicem fraudari non debet.

17 Secundus casus est, cùm creditor vult pignora in causat executionis capta in creditum possidere, & illis esse contentus, & debitor id non contradicat, quia fortè plus erat in debito, quam in pignore. Et tunc non est facienda aliqua æstimatio pignorum, sed dari debent creditori insolutum pro vniuersa quantitate debita, & ipse creditor excluditur à petēda reliqua quātitate debita, & ip se creditor excluditur à petenda reliqua quantitate, quamuis plus sit indebito, quam in pignore, quia transegisse intelligitur, & consentienti nulla fit iniuria, neque fraus, *l. in diem* 9. *in fin. principij. ff. de aqua plu. arcend. l. nemo videtur* 188. *ff. de reg. iur. cap. scienti* 27. *de regul. iur. in* *Thoma Carlevalij de Iudicijs. Tom. II.*

6. & de hoc casu agit *I. C. in dict. § Si pignora, in 2. par. vers Nam si creditor*, ideo adiecit, *quia velut pacto transegisse videtur de credito, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantit. certam pignora tenere & superfluum petere*. Et sic notati debet discrimen inter duos isto casus, in primo enim non requiritur creditoris voluntas, quo inuito adiudicatio habet etiam locum, vt notat *Bart. in d. §. Si pignora num.* 3. & ego dixi suprà *hac eadem disputatione, numer.* 13. in secundo verò casu creditoris voluntas desiderabatur, ibi: *Nam si creditor maluerit*, cum priuandus sit iure petendi superfluum.

18 Tertiam tandem viam potest eligere creditor, si malit, vt animaduertit prędicta *glos. in d. §. Si pig. verb. Addicantur*, & post illam, ibid DD *Bald. in l. ordo* 3. *numer.* 1. *Cod. de execut. rei iud. Colerus de process. execut. part.* 3. *capit.* 9. *numer.* 77. vt videlicet iure pignoris possideat bona debitoris capta in causam iudicati absque eo, quod procedatur ad eorum venditionem. Nam iudicati seruandi causa potest mitti in possessionem bonorum debitoris, *d. l. ordo* 3. *C. de execut. rei iudic. l.* 2. *&* 3. *Cod. qui potior. in pign. habean.* exemplo creditorum, qui causa custodiæ decreto Prætoris mittuntur in possessionem bonorum, iuxta *tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & ff. & C. vt in possess. legat.* Hoc enim remedio electo, quod in Castella vsitatissimū est, resultat, vt debitor tædio ablatæ possessionis affectus tandē soluat, vt possit suā possessionē recuperare, vt dicitur *in l. si is cui* 5. *in princ. ff. vt in possess. legat.* & significatur in *d. l. ord.*

19 Hoc autem tertium remedium, vt creditor bona debitoris capta pro executione sententiæ loco pignoris retineat, seu possideat & ad venditionem non procedat, non est ipsi vtile, & securum, cum fructus ex pignore percepti debeant in sortem principalem computari, illamque extenuent, *l.* 1. *&* 2. *C. de pignorat. act.* notant Doctores *in cap. conquestus* 8. *per text. ibi, & in cap. salubriter* 16. *de vsuris, Asinius tract. de executionibus §.* 7. *capit.* 6 1. *ex numer.* 2. *Rebuff. tom.* 1. *in Const. Regias, tract. de litteris obligator. art.* 12. *gloss. vnic. numer.* 12. *Negusantius de pignorib.* 5. *part. memb.* 1. *ex n.* 1. atque ita creditor debitum sibi paulatim, & per partes recuperet, qui non poterat compelli solutionem debiti minutatim, & per partes recipere, *l. tutor* 41. *§. Lucius, ff. de vsur. l. fistulas* 76. *§. Qui fundum, ff. de contrah. empt. l. Iulianus* 13. *§. Offerri, ff. de act. empt. l. qui pignori* 19. *ff. de pignor. leg. planè* 3. *ff. famil. ercifcund. leg. obsignatione* 9. *C. de solution.* Notant *Negusant. de pignor.* 5. *part. principio memb.* 3. 2. *par. num.* 17. *et* 18. *Thusc. litter. C. concl.* 1056. *Caballinus milleloq.* 264. *Surdus decis.* 186. *numer.* 2. *Couarruuias libr.* 3. *Variar. capit.* 18. *numer.* 4. *Fachinæus controuers. lib.* 10. *capit.* 59. *Thesaur. quæst. forens. lib.* 1. *q.* 19. *ex num.* 1. *et lib.* 2. *q.* 67. *num.* 11. *Scobar de ratiociniis* 2. *tom. computationum, cap.* 14. *numer.* 15. *Doctores in l. quidam existimauerunt* 21. *vbi Iason num.* 4. *circa medium, Aretinus num.* 7. *ff. si cert. petat.* Atque ideò hanc viam non esse vtilē creditori, & tutam, neque per eam ei benè consultum, notauit *in d. §. Si pignora, Cumanus, numer.* 1. *Alexand. nu.* 6. *&* 7. *Molin. de primogen. lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 6. 7 *et* 8.

20 In vno quidem casu hoc remedium esset vtile, & commodum creditori, videlicet si exequutio sententię fieret in rebus suppositis maioratui aut fideicommisso adnectis earum possessorem, quo casu cum bona non possint vendi, aut alienari, creditor poterit postulare se mitti in possessionem bonorum debitoris, debiti seruandi causa, & prædicta bona capi pro executione sententię interim dum viuit possessor eiusdem maioratus, aut fideicommissi, *leg. peto* 69. *§. Prædium, ff. de legat.* 2. Posset quidem intentari, valere in eiusmodi rebus tempo-

ralem hanc pignoris constitutionem, quoniam in generali prohibitione de non alienando non continetur alienatione necessaria, *l. alienationes 13. ff. famil. ercisc. 1. in fin. ff. de fundo dotal.* cum multis cumulatis à *Melchior. Pelaez de maiorat. 4. par. quaest. 1. limit. 5. ex numer. 1.* Verum quoniam *Molina de primogen. lib. 1. cap. 20. num. 15.* contendit, in prohibitione de non alienando adiecta in maioratibus Hispaniae, quamlibet alienationem etiam necessariam contineri, ac per consequens non posse in rebus maioratus cõstitui pignus iudiciale, cùm quaevis pignoris constitutio sub nomine alienationis comprehendatur, *l. sancimus 7. Cod. de reb. alien. non alien.* vt idem *Molina* animaduertit *libr. 4. de primog. cap. 5. num. 2.* quod videtur verisimilius: securius est dicere, sine constitutione pignoris decreto iudiciali posse dari creditori possessionem, seu tenutam bonorum maioratus, seu fideicommissi, quemadmodum, & feudi quoq; vt de illorum fructibus sibi satisfaciat durante vita debitoris possessoris eorundem, eodem prosus modo, quo ipse idem debitor, & possessor fideicommissi, feudi, aut maioratus posset fructus eorum vendere, locare, aut donare ad suam vitam, vt docuit *Bartol. per textum ibi in l. codicilis 91. §. Instituto, nu. 4. ff. de legat. 2. Iason in l. filius familias 117. §. diui, in 2. lectura, num. 83. cum sequentib. ff. de legat. 1. Tiraquellus* latè *de retract. lignag. §. 1. glos. 7. ex num. 47. Iacobinus de Sancto Georgio in tract. feudali, Verb. Ita etiam quod ipsi vassalli ex numer. 15. Baldus in Authent. & qui iurat numer. 21. C. de bonis author. iud. possid. Chassanaeus in consuetud. Burgund. Rub. 3. §. 8. verb. En alienation. numer. 40. Afflict. in Const. Si quis post litem, ex numer. 10.* propriè *numer. 12. cum sequentib. Rubr. 97. lib. 1. Io. Lupus in repet. cap. per vestras, §. 38. ex n. 4. de donat. inter Pinellus in l. 1. 3. part. numer. 70. C. de bonis mater. Molina de primog. libr. 1. capit. 29. numer. 12. & capit. 21. numer. 25. vers. In tertia, & vltima specie, & lib. 4. cap. 11. numer. 11. 12. & 13. Parlador. libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. par. §. 3. num. 31. Rodriguez de executione, capit. 5. ex numer. 71. Petra de fideicommis. quaest. 8. num. 104. Peregrin. de fideicommis. art. 40. numer. 117. Fuscar. de substitutionib. q. 525. numer. 17. & q. 527. numer. 5. Gayl. obseruation. libr. 1. obseru. 117. ex num. 5. Minsyngerius obseruat. cent. 4. obseru. 86. numer. 2. & 3. Harthmanus Pistor. libr. 1. quaest. 15. ex numer. 1. Rossental. de feudis, cap. 9. concl. 20. numer. 5. & ibi additio copiosa, & concl. 15. num. 7. Scraderus de feudis, par. 8. capit. 1. num. 11. & 12. & num. 25. vers. Secundò licèt feudum, Barbosa in l. vsufructu 58. num. 14. circa finem, ff. solut. matrim.* nouissimè *Anton. Monach. de recta feudor. interpret. capit. 64. ex num. 6. Ioann. Anton. Trigona singul. 50. num. 4. D. Ioann. Solorez Pereir. de Iur. Indiar. tom. 2. libr. 2. cap. 14. ex num. 19.* qui iuxta consuetudinem suam plurimos allegat, *& Larrea decis. 10. numer. 3. tom. 1.*

21 Istis adde memoratu dignam aliam quartam viam, qua iudices vti solent ad exequendas suas sententias, vt reis contumacibus non obedientibus decretis ab ipsis latis, audientiam denegent, donec pareant mandatis, de qua nos egimus suprà *titul. 1. disp. 2. quaest. 1. num. 42.*

22 Quantumuis verò pertinet ad executionem instrumentorum de iure communi, nihil est quod adnotemus, cum instrumenta de iure communi executione paratam non habeãt, *l. minor. annis viginti quinque 41. in princip. ff. de minor. l. 4. §. Si ex conuentione, ff. de re iud. l. 2. Cod. de execut. rei ind.* Notarunt *in d. l. minor. Bart. & Bald. Angel. in l. ait Praetor 5. §. Si iudex, numer. 3. ff. de re iud. Alexand. in l. si cum dotem 23. §. Eo autem tempore, numer. 6. ff. solut. matrim. Ias. in l. edito 3. numer. 6. C. de edicto Diuus Adrian. tollend. Hippolyt. de Marsil. sing. 356. Boer. decis. 295. ex nu. 5, Roder. Suar. in l. post rem iudicatam, ff. de re iud. in declaratione leg. Regni in princip. num. 6. Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, n. 59. ff. de verb. oblig. & ibidem Didacus Perez in longa additione, Bernard. Diaz lit. I. regul. 344. Parlador. rer. quotid. lib. 2. d. cap fin. 1. part. §. 11. num. 1. Anton. Gomez in l. 64. Tauri, num. 2. idem Didac. Perez in l 4. tit. 8. libr. 3. Ordinam. gloss. 1. versic. Sciendum tamen est, col. mihi 1067. Scaccia de iud. causarum ciuil. & crim. lib. 1. capit. 62. numer. 1. Menoch. de arbitrar. libr. 2. casu 17. ex numer. 1. & de adipiscenda possess. remed. 4. num. 24. Rebuff. ad Constit. Regi tom. 1. tractat. de litter. obligatorijs, in initio, num. 12. & 19. & art. 6. glossa 3. ex numer. 1. Olanus in concordia antinomiarum, lit. I. numer. 31. Nicolaus de Genua de priuata scriptura, lib. 3. sub titulo de litteris cambij, quaest. 6. num. 12. Colerus de processibus execut. par. 3. capit. 2. numer. 1. & 2. Cancer. var. resol. part. 2. capit. 3. numer. 1. Barbosa in leg. sicut 3. num. 162. C. de prescript. 30. vel 40. annor. Costa in memoralibus, verb. Instrumenta publica, Grassis de exceptionib. in Preludio, ex numer. 1. Asinius tract. de executionibus. §. 1. capit. 2.* Id tamen quam regulariter verum sit, huius conclusionis, & regulae sex limitationes tradiderunt *Alexand. Iason. & Boerius, vbi supra, & Didacus de Segura in repet. leg. si ex legati causa, ex num. 60. ff. de verbor. obligat. Scaccia vbi supra ex num. 2. & Grassis vbi sup. ex num. 2.* dicam aliquid infrà *disp. 6. num. 2.* In quarum casibus executio virtute instrumentorum facienda est eodem prorsus ordine, & modo, quo fit executio virtute sententiae transacta in rem iudicatam, expedito virtute illorum mandato de exequendo, seu litteris executorialibus, captisq; pignoribus, & venditis, aut electa alia via, vt fit in executione sententiarum.

23 Dubitant tamen Doctores, an in iudicio executiuo sit necessario requisita citatio debitoris condemnati, aut obligati ad soluendum: an verò possit procedi contra ipsum non citatum, nec vocatum ad executionem. In qua difficultate *Bartolus in d. l. à Diuo Pio, §. in venditione, num. 2.* distinguit, an sit facta condemnatio in quantitate, vel genere, & tunc (ait) citandus est reus: an verò condemnatio facta sit in specie, & hoc casu duobus modis potest fieri executio. Primò si species ipsa contenta in condemnatione non reperitur, quapropter facienda est executio in alia re, & tunc etiam citandus est reus ad executionem. Secundo si extat, & reperitur res ipsa specifica in condemnatione expressa, & executio in ipsamet facienda est; & tunc citatio non requiritur. Quam distinctionem sequitur dicens communem *Decius in cap. ex ratione, num. 70. de appell. Menesius in l. 1. num. 14. & 15. cum seqq. C. de iur. & fact. ignoran.* qui constituit regulam negatiuam, verùm subiungit quinque eius limitationes, *Ioseph. Ludouicus decis. Perusin. 6. num. 1. Gratianus discept. forensis, tom. 2. cap. 375. ex num. 1.* Et in eum sensum interpretatur *Bartolus Innocentium in dict. capit. ex ratione 8. in princip. & numer. 1.* dicentem, in executione non requiri citationem.

24 Doctores tamen communiter dicunt in executione requiri citationem rei condemnati vniuersi, & nullam distinctione, adhibita. Ita sentit *Cynus in l. ab executione 5. numer. 1. Cod. quorum appellat. non recipi*, quem sequuntur *ibi Baldus numero 5. & numero 6.* dicit idem requiri, vbi executio fit vigore instrumenti, *Salicet num. 9. Ioannes de Imola in dict. §. In venditione, num. 13. Alexand. ex num. 30. Iason numer. 9. Marianus Socinus in Rubr. de dilationibus, art. 7. num. 21. & 22. Philipp. Franchus in cap. ex ratione 8. numer. 91. de appellation. Assinius in praxi iudiciorum §. 31. capit. 4. per totum, Rebuff. tom. 1. in Constit. Regi tractat. de*

sen-

sententijs executorijs, artic. 7. gloss. 1 ſ. numer. 10. Afflict. in Const. Dilatione, ex num. 23. libr. 2. Rubr. 17. latè & benè Maranta in prax. 6. par. tit. de executione, ex num 16. Carauita ad Ritum 262. num. 11. Duenas littera C. regul. 74. Didac. Perez in leg. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. glos. 1. col. 1072. ex vers. Quæritur vlterius, et in leg. 2. tit. 14. lib. 5. ad verborum, Por carta. Auendanus ad l. 4. et 5. tit. de las Excepciones, num. 26. Antonius de Canario tract. de executione instrument. quæst. 43. numer. 81. Trentacinquius lib. 2. variar. tit. de executione rei iudic. resolut. 2. numer. 6. ego notaui tom. primo titul. primo disputat. 2. quæst. 7. sect. 3. num. 914. vbi multos allegaui, Idem Carauit. ad Ritum. 167. ex numer. 9. vbi late tractat Galterius in practica instrumentaria, 3. part. principali, Rubrica 2. per totam, Flam. Cartarius decis. 95. numer. primo, Scaccia de appellation. quæst. 11. ex num. 186. Rodriguez de executione, cap. 5. ex numer. 19. et 83. Colerus de processibus executiu. part. 3. capit. 7. ex num. 1. Muscatellus in prax. lib. 2. part. prima gloss. demandatur, numer. 18. & hæc sententia habenda est pro regula, quam limitant Alexander, Rebuffus, et Duenas vbi supra. Ratio autem eius est, quia in iudicio executiuo multę sunt exceptiones, quas reus contra executionem potest obijcere, quominus executio sit perficienda, & effectum sortitura: verbi gratia, nullitatem sententiæ, aut incompetentiam iudicis qui sententia tulit, iuxta gloss. vltim. in Clement. vnica, de sequestrat. possess. & fruct. & in l. vltim. Cod. si à non compet. Iudic. Aliæ item sunt exceptiones impugnantes viam executiuam, aut modificatiuæ executionis, quarum meminere Doctores in leg. 1. Cod. de iur. & fact. ignorant. & practici, vt Paz in praxi, 1. tom. 4. par. cap. 3. Parladorius libr. 2. rer. quotid. d. cap. fin. 5. part. §. 11. Hæuia Volano in Curia Philipp. 2 part. §. 20. numer. 1. Villadiego in Polit. cap. 2. ex num. 155. iuxta iura Castellæ, in l. 1. titul. 21. libr. 4. Recop. & ibi Azeued. Quas reo in audito, & non citato auferre, esset manifesta iniquitas, cùm cederet in maximum debitoris detrimentum, ac per consequēs subsit regulæ l. nam ita diuus 39. ff. de adopt. & l. de vnoquoque, ff. de re iud. animaduertit Afflict. vbi supra. num. 26. & Duenas d. reg. 94. vers. 1. Ratio. Quod adeò verum est, vt non valeat pactum quòd possit fieri executio in bonis debitoris, eo neque citato, neque audito, vt notat, & probat Barbosa in l. alia 15. §. eleganter num. 47. ff. soluto matrim. Verum est tamen, hanc citationem in iudicio executiuo non semper vno, & eodem tempore requiri, nam apud aliquos antè capta pignora, apud alios solum tempore venditionis, aut subhastationis, aut æstimationis, aut addictionis, vt inferius adnotauimus, & notat Gratianus discept. forens. d. cap. 375. ex num. 1. vbi quamuis in captione pignorum, & subhastatione dicat non requiri citatione, quia nullum præludium fit debitori, cum possit illud reparari in vltimo actu seu decretu interposito à iudice pro alienatione, seu adiudicatione pignorum captorum pro executione, tempore interponendi huius decreti, ait, necessario esse citandum debitorem, quia agitur de magno præiudicio, videlicet translatione dominij. Consonat Afflict. decis. 358. num. 3. & 4. Atq; ita verissimum est, in omnibus prouincijs ante perfectam, & finitam executionem vno, alio tempore citandum esse reum in iudicio executiuo. Hæc quod attinet ad ius commune.

25 De iure autem Neapolitano, & stilo S. R. Consilij executio sententiæ habentis paratam executionem fit eodem modo, & ordine, quo fit executio sententię de iure communi. Illud tamen omnino seruatur, vt prolata sententia, & in iudicatum transacta, siue in actione reali, siue personali, vniuersim expediatur mandatū de parendo reo intimandum, quo iniungitur eidem condemnato; vt intrà breuem terminum iudici arbitrarium sententiæ pareat sub comminatione executionis, vt notaui supra num. 4. de qua praxi, & vsu testatur Afflictis in d. Const. dilationes, nu. 27. lib. 2. Rubr. 17. & Carauita ad Ritum 128. obstante illo Ritu, qui videbatur contrarium statuere, sed consuetudo illum modificauit. & ad Ritum 262. numer. 11. Meminit Muscatell. in prax. libr. 2. part. 1. glossa demandatur, numer. 16. 32. & 33. tametsi distinguat obseruantiam S.C. in suis sententijs, ab obseruantia aliorum Tribunalium inferiorum iudicum, reddita ratione discriminis. Iuxta cuius animaduersionem explicandus est, & accipiendus Maranta in praxi 6. part. titul. de executione, numer. 19. in fin. qui videtur loqui de stilo Tribunalis Venusini. Hæc autem praxis videtur orta ex text. in l. defendente 31. ff. de authoris. tut. vbi post prolatam sententiam, quæ fecerat transitum in rem iudicatam, procurator Cęsaris, non ex abrupto petijt executionem, sed dixit faciat iudicata; & ibi notat Bart. num. 1. Cumanus num. 1. Alexand. in d. l. à Diuo Pio, §. in venditione, num. 31. ff. de re iud. plura tradit Marianus Socinus in Rubric. de dilationibus art. 7. est nu. 22. Vbi verò reus condemnatus intimato mandato de parendo intra terminum in illo statutum sententiæ non paret, expediunt literæ executoriales, quarum virtute si sententia lata sit in actione reali, res restitui iussa manu militari aufertur à reo, & traditur actori. Si verò sententia lata sit in actione personali, capiuntur pignora, & subhastantur in termino iudici arbitrario, præter illos casus, in quibus a iure statuitur terminus subhastationi, de quibus dixi supra numer. 10. Quod si neque tunc soluat, expeditur mandatum ad resoluendum pignora capta intra alium breuem terminum monito reo, quòd si intra illum terminum pignora non reluat, dabitur licentia de vendendo, quod mandatum intimatur etiam debitori, quo termino elapso datur licentia de vendendo, & venduntur ei, qui meliorem oblationem obtulerit. Quòd si videatur prætium oblatum multò inferius valore pignorum, pro maiori iustificatione executionis, & vt debitori concedatur maior dilatio ad soluendum, solet interloqui iudex, vt bona per Tabularium, qui est vnus ex publicis estimatoribus apprecientur, in quo actu solet citari reus, cui item solet intimari, vt procuret intra alium breuem terminum iudici arbitrarium, meliorem oblationem, & illa non facta pignora addicuntur emptori, aut simpliciter pro prætio oblato, aut cum pacto de retrouendendo intra vnum, duos, vel tres annos, aut plures ad arbitrium iudicis, habito respectu ad modicitatem pretij. Aut si creditor malit, facto per æstimatores appretio bonorum debitoris, eo citato ad iudicantur ipsi iuxta quantitatem sui crediti, & sic peragitur executio, tradit Afflict. d. decis. 358. Galter. in pract. instr. 3. par. princip. Rubric. 5. ex num. 1.

26 Si verò petatur executio virtute instrumenti publici, & guarentigij, & virtute pacti, prius fit præceptum reo, vt intra breue tempus soluat cum comminatione executionis loco mandati de parendo. Quam praxim obseruandam sentit Colerus de process. execut. 3. part. capit. 7. num. 1. Et hoc præceptum solet de æquitate repeti semel, aut iterum arbitrio iudicis. Quòd si reus compareat allegans exceptiones legitimas aduersus executionem, auditor, & resoluitur præceptum in simplicem citationem, quemadmodum resolui solet præceptum de soluendo in causis ordinarijs, iuxta text. in l. nec quidquam 9. §. Vbi decretum, ff. de offic. Proconsul. & legat. vbi Doctores l. 22. tit. 22. par. 3. & ibi Gregor. Maranta in prax. tit. de sententia, num.

27. Afflict. decis. 167. numer. 4. & ibi Vrsillus ex numer. 5. Gayl. obseruation. lib. 1. obseruat. 13. & obseruat. 19. Ioannes Garcia de nobilitat. gloss. 11. §. 1. num. 6. Parlador. lib. 2. rer. quotid. c. fin. 1. par. §. 1. n. 22. Maurus Burgius de modo procedendi ex abrupto, centur. 1. q. 5. ex num. 19. Colerus de processibus execut. 1. par. cap. 2. num. 271. & 272. Sin verò reus neque comparet, neque soluit obediendo, expediuntur litteræ executoriales, & executio fit eadem forma; qua virtute executorialium expeditarum pro sententia in iudicatum transacta. Si autem intentetur via liquidationis ex instrumento publico, & guarentigio, executio facienda est eo ordine, & solemnitate, quam statuit Ritus 166. cum seqq. vt ad eos notant Carauita, Troystus, & Scaglionus, item pragmatica de instrumentorum liquidatione, præcipuè pragm. 8. eod. tit. in nouissima compilatione, & ibi tractat Rouit. in Rubr. ex nu. 4. & 6. vbi allegat omnes Regnicolas ego cetigi sup. tit. 2. disp. 8. numer. 28.

27 De iure Castellæ si petatur executio sententiæ transactæ in rem iudicatam, latæ in actione reali, dixi supra n. 3. et 4. quomodò sit facienda. In eo Regno non expeditur mandatum de parendo ante executionem sententiæ, sed eius virtute expediuntur litteræ executoriales, & earum vi nulla præcedente citatione rei fit executio oblata manu militari, si oporteat, possessione à reo, & tradita actori victori. Condemnatio vero quantitatis, & instrumentum publicum, & guarentigium continens obligationem certæ quantitatis eodem prorsus modo, & forma executioni mandantur, vt adnotauit Roder. Suar. in l. post rem, in declaratione legis Regni, limitatione 12. num. 2. cum sequentibus, Paz in praxi, 1. tom. 4. par. c. 1. nu. 3. Forma autem prescribitur a l. 19. tit. 21. lib. 4. Recop. de qua latè tractant Azeued. ibi, Ioan. Gutierrez lib. 1. pract. ex quæst. 131. ad. 134. Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 5. part. per tot. Rodrig. de executione, cap. 5. & nostri practici Paz in praxi, 1, tomo 4. part. ex cap. 2. Hauia Volano in Curia Philippica, 2. part. ex §. 14. Villadiego instruct. politicæ, cap. 2. ex num. 66. Monterroso in sua practica tract. 3. Quo etiam modo sine vlla debitoris citatione in Regno Neapolitano executioni mandantur obligationes penes acta, iuxta Ritum 128. & ibi notata a Carauita ex num. 1. & ea quæ dixi titulo 2. praecedenti, disp. 8. num. 38. Cùm enim iudex videt sententiam, aut instrumentum executione dignum, expedire debet litteras executoriales, seu mandatum de exequendo, absque citatione rei, aduersus quem facienda est executio. Continete autem debet prædictum mandatum, quod fiat executio in bonis mobilibus, & eorum defectu in stabilibus cũ cautione fideiussoria de idoneitate bonorum ad satisfaciendum creditori, & eorum securitate, videlicet, quòd non euincentur, si fuerit vendita. Vocatur in d. leg. 19. Fianza de saneamiento, quę hęc omnia comprehendit, vt notat Parlador. d. capit. fin. 5. part. §. 5. & Baeza de inope debitore capit. 1. numer. 27. Defectu autem huiusfideiussionis reus est carcerandus, dummodo secundum leges Castellę possit pro debito carcerari. Sunt enim multi, qui pro debitis carcerari non possunt, vt mulier honesta, l. 10. titul. 3. libr. 5. Recop. quę erat Tauri 62. & ad eam notant Scribentes Plaza in epitome delictorum cap. 34. ex numer. 11. Menesius in l. transigere, num. 92. et 93. C. de transact. Duenas littera F. regula 312. Imò neque in honesta, si nupta sit, vt istimet animaduerterunt. Notat Gizarellus decis. 56. ex num. 13. et 14. Item nobilis quem Hispani Hidalgo vocamus, l. 4. tit. 2. libr. 6. Recop. Anton. Gomez tomo 2. var. cap. 11. num. 54. Couar. libr. 2. var. cap. 1. numer. 4. hos, & alios latè refert Parlador. d. capit. fin. 5. par. §. 6. ex nu. 9. Paz in praxi, 1. tom. 4. par. d. cap. 2. ex num. 33. Heuia Volaño in Curia Philippica, 2. par. §. 17. ex num. 1. Villadiego in instruct. polit. cap. 2. ex nu. 86. Colerus de processib. executiu. part. 1. capit. 6. ex numer. 146. & part. 2. capit. 3. numer. 157. nouissimè Vbertus tract. de citationib. cap. 7. ex nu. 178. Couarr. vbi supr. ex nu. 2. Dummodò debitum non descendat ex delicto, nam pro debito ex delicto omnes isti possunt carcerari, l. 79. Tauri, quæ est l. 6. tit. 2. libr. 6. Recopilat. Virtute huius mandati hac forma iubetur, & debet fieri executio, vt prius capiantur mobilia, & horũ defectu stabilia. Et nota de iure Castellæ hunc ordinem requiri pro forma, nam ita expresse statuitur in d. l. 19. in princip. Porque por no estar declarado por leyes destos Reinos la forma que se ha de tener en las executiones, &c. Et infr. Y por esta forma se haga la execution, & animaduertit Azeued. ibi in princ. num. 1. cum seqq. confirmans ex eo, quod cum lex, vel statutũ introducit aliquid de nouo cũ certis modificationibus, quidquid ibi exprimitur, videtur datũ pro forma. Quam doctrinam tradit Ancharran. cons. 241. ex tenore priuilegij, numer. 6. in fin. approbat Decius consil. 612. numer. 2. & Tellus Fernand. in leg. Taur. 2. part. numer. 16. Quare eius ordinis omissio vitiabit actum executionis, l. cum iy 8. §. Si prætor, ff. de transact. l. 1. §. Si quis ita, ff. de verb. oblig. cap. cùm dilecta 22. de rescrip. Multa in eam rem cõgessit Sebastian. Medices to. 2. tract. de reg. iur. reg. 7. & plures omittimus cõsulto. Et ita intelligerem omnes Hispanos Doctores allegatos supra numer. 11. vt dum dicunt ordinem datum in dict. l. à Diuo Pio, §. In venditione, esse de forma substantiali executionis, exponatur iuxta ius Castellæ, non iuxta ius commune.

28 Præterea in dict. l. 19. statuitur, vt si executio fiat in rebus mobilibus, subhastatio fiat per nũdam, seu nouem dies factis tribus proclamatibus, seu præconijs de triduo in triduum. Si verò executio fiat in rebus soli, subhastatio duret per tres nundinas, seu dies viginti septem, factis item tribus proclamatibus, à nouennio in nouennium, seu de nundina in nondinum. Si vero executio fiat pro debitis fiscalibus, tria præconia celebrantur pro bonis mobilibus executis, spatio trium dierum pro stabilib. executis spatio nouem dierum dumtaxat, vt statuit l. 18. titul. 6. libr. 9. Recop. & notat Paz in prax. 1. tom. 4. part. cap. 2. numer. 40. & 41. Et fortasis horum proclamatum solemnitas, & terminus trina diuisione partitus ortũ habuit ex his, quæ adnotauit Hugo Donellus tractat. de pign. capit. 10. Quorum proclamatum termino elapso, seu vnius nundinæ siue trium, quæ sunt spatium subhastationis, & præconiorum, citandus est reus ad vltimam sententiam addictionis, Remate vocant Hispani. Hæc autem citatio debet esse personalis. Si pudiere se auido, id est si reperiri potest, si non absit a loco, vel latitet, sed sui copiam faciat. Sin verò non reperiatur in domo, & Ciuitate, quia sit absens, vel latitet, ne ad eum citatio perueniat, potest citari domi suæ solitæ habitationis, ita vt nota fiat citatio vxori, filijs, aut famulis eiusdem debitoris, si eos habuerit, si non habuerit, vicinis proximioribus.

29 Quòd si facta hac citatione reus se opposuerit executioni, quod intra triduum à citatione facere debet allegans, exceptiones legitimas contentas in leg. 1. & 2. dict. tit. 21. libr. 4. Rec. assignatur illi terminus decem dierum, tam in d. l. 2. quam in hac eadem d. l. 19. de qua agimus, numerandos à die oppositionis, qua præsentata iudex interloqui solet: Se le encargan los diez dias de la ley, id est assignatur illi terminus decẽ dierum ad probandas suas exceptiones. Quòd si reus se non opponat executioni intra prædictum triduum, vel opponens se non probet intra decendium illi assignatum exceptiones legitimas

exe-

executionem impedientes, statim iudex post triduum in primo casu, post decendium io secundò, profert sententiam vltimæ addictionis, per quam iubet, vlterius procedi ad executionem, & venditionem bonorum executorum, & ex eorum prætio solui creditori quantitatem debiti, pro quo est facta executio, præstita per creditorem fideiussione, quam vocant legis Toleti, quæ est l. 2. *prædicto titul. 21. libr. 4. Rocopil.* quæ cautio continet, quòd si per superiores iudices sententia addictionis fuerit declarata nulla, aut reuocata, creditor restituet bona exequuta cum dupla quantitate crediti pro quo facta est executio. Post istam autem sententiam fit quartum, & vltimum proclama, & bona subhastata remanent addicta potiori oblatori, qui de pretio eorum satisfacit creditori.

30 Solent autem Practici eo vti remedio, si neque reperiatur emptor, neque creditor, ipse licitari velit, vt extraneus, quod facere potest, vt aduertimus *supra num. 7.* vt subijciatur tertius, qui pignora licitetur, quibus illi ad dictis cedit statim omne suum ius creditori, qui bona sui debitoris recipit, vt apud ipsum maneant, vt adnotauit *Parlador. d. cap. fin. 5. par. §. 1 3. num. 1 3.* meminit *Conar. libr. 2. variar. cap. 11. numer. 13.* Ideircò verò ex ambageeos vti conectat, quod credant sic vitare se remedium, quod datum est debitoribus, ex *l. vltima, C. de iur. dom. impetr.* & ex *Authent. hoc nisi, C. de solution.* Verùm displicet mihi ista cautela quam etiam reprobat post *Didacum Perez, Paz in praxi, 1. tom. 4. part. cap. 3. numer. 50. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinamen. colum. 1073. in princ. post, §. Dubitari præterea.* Illi enim expressè ob viatur per *textum in leg. & qui sub imagine 10. cum leg. quæ specialiter 9. Cod. de distract. pignor.* quibus statuitur, pignus debitoris debere bona fide, & solemniter vendi, nam si quis pignus emat per interpositam personam, non acquirere pignoris dominium, sed rem pignoratã in eadẽ causa permanere, in qua erat ante huiusmodi collusionem, ac per consequens creditor, qui sic pignus per subiectam personam comparauerit, non lucrabitur fructus, sed illi extenuabunt creditum, vt diximus *supra num. 19.* & notat *Hæna Volaño in Curia Philipp. 2. par. §. 2 2. num. 23.*

31 Tandem non repetto emptore pignorum licitatorum, neque creditore volente licitari per se, neque per interpositam personam, neque ad iudicari sibi pignora pro certo pretio in satisfactionem sui crediti, si malit ipse creditor, mittitur in possessionem bonorum debitoris captorum pro causa iudicati, vt diximus *supra numer. 18.* quę praxis in patria mea Baeza est vsitatissima, qua sæpissimè ego vsus sum dùm ibi exercui munus iudicis ordinarij.

32 Si verò debitor facta allegatione legitimarum exceptionum, cum se opponit executioni, eas probat intra decendium, iudex pronuntiat sententiam absolutionis, qua iubet restitui reo pignora capta in causam executionis libera. Formæ processum executionis cum omnibus actis, *iuxta dictum leg. 16.* & praxim Castellæ *Paz in sua practica, 1. tom. 4. part. cap. 7. Monterroso in sua practica tract. 4. de via executiua*, eiusque partes minutim recesent *Hæna Volano in Curia Philipp. 2. part. per 28. §§. & Villadiego instruct. politic. cap. 2. per totum.* nouissiuè *Pichardus Manuductionum ad praxim, part. 2.* Hac forma fit executio tam de iure communi, quàm de iure Castellæ, & Neapolis.

SVMMA DISPVTATIONIS. Secundæ.

Eclaratur titulus opposito exemplo.
Pecunia non venditur, neque subhastatur, ib.
2 *Pecuniam captam pro re iudicata statim esse creditori tradendam in solutionem crediti.*
3 *Pecuniam pro pignore esse capiendam cùm inuenitur apud debitorem.*
4 *Capta pecunia distinguuntur duo casus, & quid in primo seruetur de stilo Tribunalium Neapolitanorum.*
5 *Cùm non processit citatio debitoris, antequam pecunia capiatur pro pignore, potest debitor se opponere executioni, & allegare exceptiones, aduersus executionem, & debet audiri.*
6 *Leges loquentes de forma executionis, non loquuntur de executione facta in pecunia.*

DISPVTATIO II.

Quomodo sit perficienda executio facta in pecunia?

1 Ponamus, debitorem condemnatum ad soluendam creditori certam pecuniæ quantitatem, vt centum ducatorum, sententiamque transire in rem iudicatam, expediri literas executoriales, & Apparitorem cùm mittitur ad capienda pignora ad domum debitoris, inuenire in arca prædictam quantitatem centum ducatorum, aut dum creditor quærit ex quo sibi satisfiat, reperire in Banco depositam prædictam quantitatem, vel sui debitoris, vel illi soluendam, quonam modo fiet executio. Nam hic venditio facienda non est. Quis enim vidit vnquam vendi pecuniam, vt ex eius pretio satisfiat creditori? Quod si cessat venditio, cessare quoque debet subhastatio, cùm cessante fine cessent ea, quæ sunt ad finem, *leg. oratio 16. ff. de sponsalib. Zasius in leg. cui iurisdictionis, numer. 3. ff. de iurisdict. omn. iudic. Tiraquellus tractat. de cessante causa, limitatione 7. ex num. 1. Euerardus in locis legalibus, loco 80. à cessatione rationis ex numer. 4. et loco 82. à contrario sensu numer. 19. & loco 118. à destructione consequentis ad destructionem antecedenti, ex numer. 3. Claudius Cantiuncula in topicis legalibus, in loco à causa Petrus Andr. Gãmarus, in dialectica legali loco à causa fin. Anguianus de legib. libr. 3. controuersia 9.* Et deducitur ex *Aristot. libr. 1. de generatione, cap. 5. aliàs cap. 7. textu 55.* vbi ait, ob tento fine cessare media, ac per consequens, & subhastatio, quæ ad venditionem, & venditio, quę ad habendam pecuniam ordinantur, cessare debent, vbi adest pecunia numerata. Ex quo fit, vt in hoc casu non possit seruari forma executionis, quantam de iure communi, quàm Regio Neapolitano, & Castellano seruandam diximus *disput. præced.* Et cum hic casus possit esse frequentissimus, nullus, quem uiderim ex Doctoribus Hispanis agẽtibus copiosissimè de executione, de illo tractauit & rarò apud cęteros inuenitur commemoratus, cum tamen Vlpianus illius meminerit *in d. l. Diuo Pio, §. Sed & si pecunia, & §. preterea pecuniam ff. de re iudic.*

2 *Matthæus Colerus de processib. executiu. par. 3. cap. 9. nu. 25. 26. & 50.* existimat, pecunias captas in sententia, uel in strumentorum exequibilium ui continenti tradenda, & exol-

exoluendas esse creditoribus, usque ad summam, & quantitatem debiti liquidi quando est debitum pecuniarum. Imò pecunias primo loco esse pignorandas, & creditori confestim assignādas, vtpotè quę in suo genere functionem recipiant, *l. 2. §. Mutui datio ff. Si cert. petit. Et cùm nummus* (an) *eo fine sit percussus, ut per eum merces, & aliæ res omnes æstimentur, l. 1. ff. de cōtr. emp. ipse appretiari nō potest, neque vendi* (vt recte animaduertit *Gregorius Lopez in lege 31. titul. 11. part. 5, gloss. 2, circa fin.* adducto exemplo de albedine, quę cum sit id, quo formaliter cætera redduntur alba, ipsa alba esse non potest, & ita frustra tunc pignorantur alia mobilia pro uitando circuitu, ne illa deinceps denuò taxari, uel aliter pecuniam redigi oporteat) Hæc Colerus.

3 Illud est certum, pecuniam inuentam in domo debitoris in arca reclusam, aut apud argentarios, seu Bancum, aut apud alium quem piam depositam, aut destinatam, vt soluatur debitori condemnato, capiendam esse pro pignore iudiciali, antequam conuertatur in rem iudicatam, & creditori soluatur ad extinguendum debitum, *d. l. à Diuo Pio d. §. Se etsi pecunia, & §. pecuniam quoque*, vbi notant *Bartol. & Angelus, Cuman. ibidem in §. Sic quoque, in princ. & num. 1, & 2, Zasius num. 1. & num. 12. 13. & 14, Imola nu. 22. Rebuff. in Const. Regi tom. 1 tract. de literis obligat. art. 11. gloss. 1.*

4 Capta vero pecunia pro pignore, puto distinguendos duos casus. Primus est quando pręcessit citatio ante captionem pecuniæ numeratę iure pignoris, quod diximus *præcedenti disputatione, numer. 25.* contingere de iure Neapolitano, quo attento præcedit captionem pignorum mandatum de parendo sententiæ, aut mandatum de soluendo cum comminatione executionis, quod intimatur reo condemnato, & re vera hæc est citatio ad executionem. Quo casu si debitor statim post intimationem, seu citationem allegat exceptiones legitimas contra sententiam, aut instrumentum, quominus executioni mandentur, audiendus est, sin minus, sibi imputet, dum patitur procedi ad pignorum captionem, tunc enim inuenta pecunia pœnes ipsum debitorem, vel pœnes alium, quæ tamen sit debitoris, potest seruari opinio Coleri, vt statim pecunia conuertatur in rem iudicatam, & solutionem debiti, consignando illam creditori, nullo alio expectato, & sic peragatur executio. Et apud Tribunalia Neapolitana eo iure vtimur, vt petentibus creditoribus post præcedentia decreta de soluendo comminata executione, pecunia debitoris etiam existens pęnes tertium, vt in Banco, vel destinata, vt eidem debitori soluatur, & ad eum effectum deposita ab alijs eiusdem debitoris debitoribus, statim liberetur ipsis creditoribus in extinctionem sui crediti, cui praxi consonat *Paul. in d. l. à Diuo Pio, §. Sic quoque, in fin. principij, antè num. 1. ff. de re iud.*

5 Secundus casus est, quando nulla præcessit citatio antè captionem pignoris, sed in audito, & in consulto debitore pignora capiuntur, inter quæ inuenitur pecunia numerata pęnes debitorem, vel ad debitorem pertinens, pœnes Bancum, aut alium tertium deposita, quod diximus *disp. preced. n. 27.* contingere iuxta iura Castellę. Et hoc casu prædicta pecunia capienda est pro pignore iudiciali, si inueniatur pœnes debitorem, vel sequestranda si est pœnes tertium, donec executio peragatur. Et quamuis tunc omittendę sint subhastationes, quę superfluæ sunt in hoc casu, vt dixi *supra n. 1.* (non enim sunt tam de substātiali forma executionis, quin omitti possint, vt omittitur quandoque cum debitor renunciat subhastationi, & proclamatibus, vt ad notarunt *Heuia Volaño in Curia Philipp. cap. 2. par. §. 18. num. 8, Rodrig. de executione, cap. 5. num. 81, Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 2. nu. 39.* tametsi tunc eorum termino gaudeat, vt ijdem met aduerterunt) nihilominus citandus est debitor ad sententiā vltimam addictionis, vt possit se executioni opponere, & aduersus eam legitimas exceptiones allegare intra triduum à citatione, & probare intra illorum, quod diximus decem dierum spatium, *disputatione præcedenti, num. 29.* Potest enim allegare, pecuniam pœnes se repertam esse depositam, & ad alium pertinere nominando dominum, vt in *lege 2. Codic. vbi in rem actio, & in cap. quoniam frequenter, §. Quod si super rebus, & ibi gloss. verb. Immobilibus, vt lite non contest.* Quod si se non opponat, aut opponat & exceptiones allegatas non probauerit, sententia proferenda erit, qua pronuncietur, non quidem esse vendenda bona capta in causam iudicati, siquidem pecunia vendi non potest, sed ex illa esse satisfaciendum creditori. Et hac sententia prolata pecunia statim conuertetur in causam iudicati. Ratio autem discriminis inter istos duos casus est manifesta, quoniam in primo cùm sit citatus debitor ad executionem ante capta pignora, habet facultatem proponēdi contra ipsam quaslibet legitimas exceptiones sibi cōpetentes, quod si eas non proponat, sibi imputare potest, quòd visus sit nihil opponendo executioni acquiescere. In secundo vero casu cùm debitor antè captionem pignoris non citetur, grauaretur si dubitò captum pignus conuerteretur in solutionē debiti, denegata ei facultate proponēdi contra executionem exceptiones, si quę competunt, cui grauamini ne detur loco omnes Doctores senserunt, vt notauimus *præcedenti disputatione, num. 24.* esse necessariò, & præcisè citationem rei ante perfectam executionem requisitam, voo, vel alio tempore, qua non præmissa iudicium executionis corruere.

6 Neque obijciat quis, videri recedere nos in multis à forma executionis à lege præscripta, tam de iure communi, quàm de iure Castellæ, iuxta quod *d. disput. præcedenti, num. 27.* de forma substantiali executionis est ordo traditus in *l. 19. tit. 21. lib. 4. Rec.* Nam respondendum est, legem, quæ ad ea, quæ frequentius accidunt, non ad casus singulares adaptatur *l. ex his 4. l. nam ad ea 5. de legib.* non pręscripsisse formam executioni factæ in pecunia, quæ rarò accidit. Quis enim credat, debitorem, qui pecuniam habet præmanibus, velle se Apparitorum molestijs subijcere, patique executionis improperia, cùm facilè possit se à debito liberare; Sed solum pręscripsisse formam executionis, quæ fit in bonis, & pignoribus debitorum; ex quorum venditione, & prætio satisfaciendum est creditoribus, quemadmodum in *d. l. à Diuo Pio, §. In venditione*, non pręscribitur quoque forma exequendi sententiam latam in actione reali, qua iubetur conuentus restituere rem possessam actori. Verùm ex similitudine illius executionis colligimus, quid obseruandum sit in alijs executionibus ibi non comprehensis, *l. non possunt 12. l. nam vt ait 13. ff. de legib.*

SVMMA DISPVTATIONIS

Tertia.

1 *DIstinguendi sunt plures casus, & disputatio est difficilis sententiarum varietate, in eaque Doctores confusè sunt loquuti.*

2 *Proponitur primus casus.*

In-

In obligatione facti post moram succedit obligatio ad interesse, ibid.
Interesse in obligatione facti non solum est in facultate soluendi, sed etiam in obligatione, & per consequens potest peti, ib.
3 Cùm obligationi facti accedit iuramentum obligatus compellitur praecisè facere.
4 Obligatus ad factum ex re iudicata compellitur praecisè facere.
5 Obligatio ad factum, quae procedit ex mero iudicis officio, facit, vt quis compellatur praecisè facere: secus si obligatio procedat ex conuentione: nam ita obligatus non compellitur praecisè facere; sed liberatur soluendo interesse.
6 Obligatus est instrumento guarentigio compellitur praecisè facere.
7 Contrarium sentit Bartolus.
8 Attento iure canonico obligatus ad factum compellitur praecisè facere.
9 Attento iure Castellae obligatus ad factum compellitur praecisè facere.
10 Contrarium qui senserint.
11 Limitatur multis modis praedicta regula, remissiuè.
12 Secundus casus refertur, & quid in ea seruandum.
13 Impossibilitas facti superueniens reddit obligationem facti inutilem, & excusat à mora.
14 Refertur tertius casus.
In eo factum, & poena sunt in obligatione, sed non potest obligatus simul compelli ad factum, & poenam: sed ad vnum duntaxat.
15 Cùm obligatio poenalis adiecta nouat priorem stipulationem, commissa stipulatione poenali poena solum peti potest.
Quando nouetur prior stipulatio per poenalem adiectam, & quando non, remissiuè, ib.
In hoc genere nouationis nihil est immutatum à Iustiniano l. fin. C. de nouat.
16 Adiecta clausula in contractu, rato manente pacto, potest simul peti factum, & poena.
17 Limitatur Baldi, & reycitur.
18 Si pacto adiciatur iuramentum, potest simul peti factum, & poena.
Iuramentum habet vim clausulae, rato manente pacto.
19 De iure Castellae poenalis stipulatio adiecta non nouat priorem.
Stipulator commissa stipulatione poenali illo iure potest eligere, aut factum, aut poenam.
20 An quod promittitur per stipulationem poenalem promittatur nomine poenae, vel potius nomine interesse, & qui senserint, promitti tanquam poenam.
21 Alij censent, promitti vt interesse.
22 Poena ex multorum Tribunalium consuetudine non exigitur vltra id, quod interest.
23 Expedit in contractu exprimi quantitatem, certam potius, quàm damna, & interesse, quae incerta sunt.
Poena adiecta facto non subiacet suspicioni vsurarum: secus in poena adiecta solutioni quantitatis, ib.
Contractus, vel instrumentum, aut statutum, quòd stetur declarationi creditoris quoad quantitatem interesse, intelligitur, nisi probetur contrarium ab aduersario, ib.
Vna probatio recipit meliorem probationem in contrarium. ibid.
Pactum inter contrahentes, quòd stetur declarationi simplici, vel iuratae creditoris, circa quantitatem interesse, an valeat, ib.
24 Quartus casus proponitur, & quid in eo seruandum quoad executionem.
Contractus quando dicatur initium sumere à conditione, quando à dispositione, ib.
25 Quintus casus de obligatione alternatiua.
In obligatione alternatiua electio est debitoris, ib.
Vtrumque ex alternatiuis est in obligatione, sed vnum solùm est in solutione, quod debitor elegerit, ib.
26 Distinguuntur duo capita principalia examinanda.
27 Diuersa sunt remedia in iure, quibus debitor compellitur praecisè facere promisit, & quid in Regno Neapolitano.
Debitor compellitur facere quod promisit per carcerationem, ibid.
28 Secundò compellitur captis pignoribus, & indicta multa, seu poena.
Senatores Romani sic cogebantur adesse Senatui, ibid.
29 In Regno Neapolitano ciues Neapolitani compelluntur indicta multa obedire iudicibus.
Et non obstat eorum priuilegium, ib.
Ob vtilitatem publicam priuilegia reuocari possunt, ib.
Poena, aut mulcta debet esse proportionata facto, quod praecipitur, & delicto, pro quo imponitur, ibid.
30 Tertio compelli potest quis praecisè facere per denegationem audientiae, nisi faciat.
31 Iudex supplere potest praestando assensum actui, si ille, qui praestare tenetur monitus recuset.
32 Quomodo sit exequenda obligatio facti aduersus plures haeredes debitoris defuncti, remissiuè.
33 Agitur de secundo capite principali, quando vel debitor non potest compelli praecisè facere, aut creditor vult potius interesse, quàm factum.
34 Quando obligatio, nihil expressè continet in casu non facti, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse.
35 Alij contra sentiunt probabilius.
Taciti, & expressi idem est iudicium, ib.
36 Verum duobus modis limitanda est ista sententia. Primò, si tacitum deducitur necessario ex expresso, non contingenter. Secundo si vis executiua concedatur instrumento simpliciter, aut secundùm omnia in eo contenta, secus si concedatur instrumento secundum eius tenorem.
In vsu Regni Neapolitani distinguendus est vsus liquidandi instrumentum via Ritus, ab vsu exequendi virtute pacti executiui, ib.
37 Sententiae, & instrumenta possunt executioni mandari, non solùm quoad expressa, sed etiam quoad tacita.
38 Iudex non potest impartiri officium suum, nisi petenti.
Quomodo petere debeat creditor executionem obligationis ad factum, ib.
39 Quando in casu non implementi promittitur poena, vel interesse certum, datur executio pro interesse, vel poena.
Factum est in facultate soluendi etiam post moram, ib.
Cùm obligatio facti continet certum interesse, aut poenam, contractus non est suspectus: secus si adijceretur interesse, vel poena certa solutioni quantitatis, & tunc interesse egeret vlteriori probatione, ib.
40 Cùm obligationi facti adijcitur interesse, vel poena illiquida, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse, vel poena.
41 Alij sentiunt contra.
42 Executio non potest perfici, nisi praecedat liquidatio, & in hoc conueniunt duae praecedentes sententiae.
In quo differant, ib.
Pendente iudicio super liquidatione, an possit carcerari debitor, & pignora capi, ib.
43 Duplex modus practicandi executionem instrumẽti illiquidi.

Primus,

Primus, vt petatur executio quantitate liquidanda: secundus, vt petatur liquidatio ante petitionem executionis, ibidem.

44 *Qui petit liquidationem non petita executione, petit pronunciationem iudicis super liquidatione.*

A pronunciatione, super liquidatione reus appellare potest, ibid.

Causa liquidationis non est executiua, ib.

45 *Petita executione ante petitionem liquidationis, incidens est in executione articulus liquidationis, qua facta quomodolibet potest pronunciare super executione.*

A pronunciatione super executione, non interponitur appellatio, ib.

46 *Vtilior est secundus modus practicandi executionem instrumenti illiquidi, quàm primus.*

47 *Exemplum de casu, quo petitur executio sententiæ, cuius appellatio est deserta.*

48 *Cùm contractus incipit à condictione, pro quantitate certa promissa conceditur executio.*

49 *Cùm obligatio facti est alternatiua, petitur alternatiuè executio pro facto, aut quantitate.*

Iudex tunc præfiget terminum, quo debitor eligat quid velit soluere, & eo non eligente amittet facultatem eligendi, & ea deuoluetur ad creditorem, neque debitor poterit purgare moram, quasi re non integra, ib.

DISPVTATIO III.

Quomodo sit facienda executio obligationis ad factum?

1 Difficilis est admodum proposita quæstio casuum diuersitate, & sententiarum varietate, in qua Doctores confusissimè loquuti sunt: Vt verò procedamus clarius, plures casus sunt distinguendi.

2 Primus casus est, cùm quis est obligatus ex instrumento guarentigio ad faciendum aliquid, vel ex sententia transacta in iudicatum, & potest facere id, quod promisit, vel quod ei præcipitur; verùm in obligatione, aut præcepto nihil vlterius additur obligando se, si non faceret id quod promisit ad aliquam pœnam, aut ad damna, & interesse stipulatoris, aut creditoris. Verbi gratia si quis se obligaret ad scribendum librum, vel ædificandam domum, nihil vlterius addendo. In quo casu communis est Doctorum sententia, in obligatione facti post morã succedere obligationem ad interesse, & non posse reum compelli præcisè facere, sed liberari soluendo interesse. Id probatur optimis *textibus in leg. si quis ab alio 13. §. si quis promiserit, ff. de re iudic. in l. in stipulationib. 54. §. operarum, in leg. stipulationes non diuiduntur 72. in princip. in versicul. Celsus in lege cùm stipulatus sum mihi ò Procule 113. §. vltimo, ff. verb. obligation. sentiunt Dinus in cap. mora 25. numer. 5. de reg. iur. in 6. Bartol. in d. l. stipulationes non diuiduntur, in princip. ex num. 36. Ioannes de Imola numer. 1. & 2. & ex numer. 15. Romanus numer. 3. & ex num. 80. Raphael Cumanus ex nu. 33. Alexand. ex nu. 27. Ias. nu. 6. & ex num. 32. Alciatus ex num. 69. Paulus in eadem lege stipulationes non diuiduntur, in §. Celsus numer. 4. & in dict. §. si quis promiserit, numer. 1. Alexander, ibi, numer. 1. & 2. Iason. numer. 1. 3. & 4. & in leg. si pecuniam 5. in princip. nu. 23. ff. de condiction. caus. dat. & in §. actionum numer. 47. & in §. item si quis, numer. 12. instit. de action. Antonius Gomez tom. 2. variar. cap. 10. num. 22. Colerus de processibus executiuis, par. 3. cap. 1. nu. 44. Valascus consult. 164. n. 12. Ceuallos in speculo practicar. quæst. 62.* ego dixi supra *tit. 1. disput. 2. quæstion. 8. sectio. 2. numer.* 1021. Vbi allegaui *Couarr. Bernardum Diaz, Manticam, Gratianum, Parladorium, Gutierez, & Matienzum.* Rationem reddunt *Alciatus, & Antonius Gomez vbi supra & Rebuffus* statim referendus *numer. 15. & 16.* quamuis mihi non satis placeat. Est autem aduertendum in obligatione facti interesse non solum esse in facultate soluendi, quemadmodum videbatur insinuari *in d. l. si quis ab alio. §. vltimo, & in d. l. stipulationib. §. Operarum,* sed etiã in obligatione, ac per consequens peti posse, vt notat *Bartol. in dict. l. stipulationes non diuiduntur, num. 12. & 37. Cumanus num. 33. & 40. Paulus ibi, in §. Celsus nu. 1. & 4. & in dict. l. si quis ab alio, §. vlt. num. 1. & 2. Iason ibi, numer. 3. Rebuffus in receptione leg. vnica Codic. de sententia, quæ pro eo quod interest in glossa verbi, in alijs, numero 1.*

3 Hæc tamen resolutio, quæ pro regula habenda est, patitur plures limitationes, ex quibus solum enumerabimus celebriores, & ad vsum magis accommodatas. Primò limitanda est, cùm obligationi ad factum accedit iuramentum, tunc enim obligatus ad factum compellitur præcisè facere propter iuramenti reuerentiam, quod semper seruari debet, dum nõ vergat in dispẽdium salutis æternæ, *cap. cùm contingat 28. de iur. iur. c. quamuis pactum 2. de pactis in 6.* Ita sentit *Accursus in leg. si pecuniam 5. in princip. verb. Necesse habeas, ff. de condict. caus. dat. & ibi, Iason. numer. 23. Romanus in dict. leg. stipulationes non diuiduntur in princip. ex numer. 69. Alexander. num. 27. Alciat. num. 85. Iason. n. 33. & in d. §. item si quis, num. 12. & in §. actionum, numer. 47. institut. de actionibus Gomezius in §. item si quis postulante, num. 7. instit. eodem titulo Decius in capitul. 1. numer. 128. in 1. lectura de iudicijs, Matesilanus singulari 54. Anton. Gabriel lib. 2. commun. titul. de iure iurand. conclusion. 8. Couarru. in dict. cap. quamuis pactum, part. 1. §. 4. numero 11. Mantica de tacitis & ambig. conuent. libr. 14. titul. 32. numer. 4. Anton. Gomez vbi supra versicul. quartus casus, Gutierez de iuram. confirm. 1. part. cap. 39. num. 6. Seraphinus de priuileg. iuram. priuilegio 74. ex num. 2. Ceuallos dict. quæstion. 62. num. 3. Molina de iustitia, tractat. 2. tom. 2. disputat. 562. num. 4. circa fin.*

4 Secundò limita, cùm obligatio facti descendit ex re iudicata, nam tunc obligatus ad factum compellitur præcisè facere, nè decretum iudicis reddatur elusorium. Hanc limitationem tradit *Baldus in lege qui restituere 68. in 1. lectur. num. 4. versic. In eadem glossa ibi; Sicut in re vendita, & in 2. lectur. numer. 5. in fin. ff. de rei vendicat. per textum ibi, et in l. vnica, numer. 62. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Angelus in dict. leg. qui restituere, numer. 4. & in dict. l. stipulationes non diuiduntur 72. in §. Celsus num. 2. Paulus numer. 4. Romanus in eadem l. in principio, numer. 72. Ioannes de Imola num. 16. in fin. Alciatus numer. 84. ff. de verborum obligat. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 10. numer. 22. versic. Quintus casus, Fabian de Monte tract. de emp. & venditione, quæst. 6. principali, numer. 40. Parladorius libr. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. numer. 4. & 5. Mantica d. titul. 32. num. 13. Seraphinus dicto priuilegio 74. numer. 3. Ludouicus Gomezius in §. item si quis postulante, numer. 7. institut. de action.* Eandem limitationem confirmat de iure Castellæ, *leg. 5. tit. 27. p. 3.* & ibi notat *Gregorius gloss. 3. & Emanuel Suarez ad Anton. Gomez dict. cap. 10. numer. 22. liter. L. ad verbum, Istam etiam dicit communem opinionem, circa finem additionis.*

5 Verùm limitationem istam, quæ apertè est contra sententiam *Bartoli in d. l. stipulationes, num. 41.* reprobat *Alexand.*

xand.ibidem num.28.Imola tamen numer. 16.& Romanus numero 72. quos sequitur *Mantica dict. numer. 13.*sublimitant,vt sit intelligenda solum de obligatione facti,quę descendit ex mero iudicis officio, sicut contingit in restitutione rei,quando agitur rei vendicatione, vt in casu *textus in dict. leg. qui restituere, ff. de rei vendic.* Non verò de obligati-one facti, quæ descendit ex conuentione contrahentium præcedente, etiam si posteà accedat sententia, vel decretum iudicis, nam ita obligatus non compellitur pręcisè facere,sed liberatur soluendo interesse,iuxta regulam superius traditam,vt probat *textus in l. miles 6.§.decem.ff.de re iudic.*cum alijs adductis à Romano.Cui limitationi,tametsi sub obscurè, videtur de subscribere *Raphael. Cumanus in dict.quæst.stipulationis non diuiduntur, num.40.*

6 Tertiò limita, quando quis obligatur ex instrumento guarentigio ad aliquid faciendum,nam compellitur pręcisè facere,& non liberatur soluendo interesse. Ita sentit *Baldus in leg.1.num.62. C.de sentent. quæ pro eo quod interest,Iason.in l.certi condictio 9.num.20.ff.si certum petatur, Decius in capit.1.in 1.lectura,num.128.& 129.de iudicijs, sequitur Parladorius libr.1.rerum quotidianar.capitul.6.§.2. numer.8.*limitationem istam maximè commendans. Rationem reddit Baldus,quoniam instrumentum guarentigium habet vim sententiæ in iudicatum transeuntis. Sed sententia obligat præcisè ad factum. Ergo & instrumentum guarentigium.

7 Hæc tamen limitatio similiter est contra *Bartolum in dict.l.stipulationes 72.nu.41.* & patitur easdem difficultates,quas præcedens. Et enim si falsum est,sententiam obligare ad factum præcisè,cùm præcedit contractus, falsum etiam erit, obligatum ad factum ex instrumento guarentigio pręcisè cogendum,vt faciat,siquidem si obligatur ex conuentione.

8 Quarto limita, attento iure Canonico, nam de eius ęquitate obligatus ad factum compellitur pręcisè facere Ita sentit, quamuis non satis firmiter *Ludouicus Romanus in dict. lege stipulationes non diuiduntur, in principio numero 77.Iason,numer.33.Panormitanus in capit.veniens 16.num. 7.& 9.de iure iurando, Antonius Burgos in repet. Rubr.num. 4.& 5.de empt. & vend. Couarru. in Repetit. cap. quamuis pactum 1.part.§.4.numer.11.de pact.in 6.Rebuffus in repet. leg. vnica Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest, in glossa verbi in alijs,num.19.Gregorio Lopez in leg.3.tit.14.par.5. glossa 4. Gutierez de iurament. confirmat.1.part. capit. 39. num.4.Matienzus in l.2.tit.16.lib.5.Recopil. gloss.6.numer. 2.Molina de iustit.tract.2.tom.2.disput. 562.nu. 4.*Probant hanc limitationem.Primò ex *textu in cap.1. & cap.qualiter 3.de pactis.* Secundo ex eo,quòd apud Deum paria sunt fides, & iuramentum,*cap.iuramenti 22.quæst.5.capit. ad aures 3.de ijs,quæ vi,metusvè causa,Angelus in l.non erit 5.§.sed & si quis,ff.de iure iurand.Alexand.in l.si quis maior 61.num.16.Iason.num.28.Padilla ex num.33.Codic. de transact.Felinus in cap.2.ex num.15.de sponsalib.Conarru.in dict.cap.quamuis pactum, part.1.§.2.numer.1.Petra de potest.Principis cap.20.ex num.23.Surdus decis.159.nu.20. Gail obseruat.practic.lib.2.obseruat.59.num.1.*Ex iuramento autem obligatus compellitur pręcisè facere,vt adnotaui supra *nu.3.*Ergo etiam obligatus ex fide,iuxta ęquitatem Canonicam, quæ respicit sinceritatem iuris naturalis, incorruptamque fidelitatem, quæ in seruanda constanter veraci fide consistit.

9 Quinto limita, attento iure Castellæ veteri, & nouo, nã eo iure obligatus ad factũ compellitur pręcisè facere: vt probatur de iure veteri ex *l.5.titulo 27.part.3.& l. 13.leg.35.titul.11.l.3.titul.14.part.5.* & iure nouo ex *leg. 2.tit. 16.libr.5.Recopilat.* Atque ita sentit *Gregorius Lopez in dict.leg.3.gloss. 4.* Vbi notat,dictam legem Partita approbasse opinionem Martini de Fano Doctoris antiqui, quem refert ab eo recedens,*Bartol.in dict.leg.stipulationes non diuiduntur,num.36.* Qui dicebat, attento etiam iure communi obligatum ad factum compellendum præcisè facere, neque liberati soluendo interesse, nisi quando factum expleri non poterat, vel quando stipulatoris non intererat,factum impleri. Sequitur *Gutierez de iuramento. confirmat.1.par.cap.39.num.5. Matienzo in d.l.2.tit.16.lib. 5.Recop.gl.6.num.2.et 3.Azeued.in ead.l.2.num.42.in fin. Villalobus apud Olanum in concordia antinomiarum, liter. O. numer.5.Pichardus in Rubrica ex numer.62.instit. obligationib. Molina de iustitia,tract.2.tom.2.disputat.562.numer.4. & in Apendice ad institut. de offic. iudic. cap. 12. ex numer. 196.* Qui etiam de iure communi adhærent eidem sententiæ Martini de Fano,quam retulimus,& idem seruari de iure Aragoniæ testatur *Calixtus Ramirez de lege Regia, §.33.n.11.*

10 Ab hac limitatione recedit *Anton.Gomez tom.2.variar. capitul. 10.numer. 22. & in additione ibi Emanuel Suarez ad verbum, istam etiam dicit communem,* quos sequitur. *Parladorius libr.1.rerum quotidianar.cap. 6.§. 2. numer. 2.* Rationem mutuatus est Parladorius ab Emanuele Suarez,tacito authore, quoniam(ait)argumentum,quo vtitur Gregorius à legibus septem Partitarum est à contrario sensu, quod ad alterius iuris correctionem nullam vim habet. Ego non video, quomodo Gregorius vtatur argumento à contrario sensu, nam leges Partitarum, quas allegauimus expresse statuunt, eum qui promittit factum compellendum a iudice,vt implear promissa: & hic nullum fit argumentum, sed hæc verba planè repugnant cum doctrina eorum, qui iuxta ius commune sentiunt,obligatum ad factum liberari per solutionem interesse.Quare credo,non recedendum à prædicta quinta limitatione.

11 Multas alias limitationes, & casus, in quibus obligatus ad factum compellitur pręcisè facere,& non liberatur soluendo interesse, congessit Martinus de Fano, & Dinus,ex quorum sententias eas refert *Bartol.in dict.l.stipulationes non diuiduntur,num.36.ex versic.Huic sententiæ videtur assentire D.Martinus de Fano,&* ex propria sententia sub distinctione, quam facit ibidem *numer. 37.38.& 39.Alexander ex numer.27.Iason.num.32.& 33.Aleiatus ex numer.81.Antonius Gomez dict.cap.10.num.22.Mantica de tacit.& ambig.conuent.libr.14.d.tit.32.ex numer. 4. Colerus de processib.executiuis,1.par.cap.6.ex.num.18.*

12 Secundus casus est, cùm quis se obligat ad aliquid faciendum, & post moram ex superuenienti casu non potest facere, quod promissit: verùm in obligatione nihil vlterius addit in casu non faciendi, videlicet promissionem pœnę alicuius,vel interesse stipulatoris.Verbi gratia, si se obligaret quis ad scibendum librum intra annum,& post annum amputata esset ei manus,quod est exemplum Bartoli. Hoc casu non potest reus compelli ad factum, quod est impossibile,sed condemnandus, & cogendus est soluere interesse.Probat *tex.in l.qui restituere 68.§.si verò non potest,ff. de rei vendicat.* & ibi notat *Baldus in 1.lectur, numer.3.*Item *textus in leg. in re furtiua 8. in princip.ff.de condict.furt.leg.Iulianus 3.ff.de confess.l.promissor.21.in princip. ff. de constitut. pecun.* Docet *Bartol.in dict. leg. stipulationes non diuiduntur, numer. 40. & 44.& ibi Alexander numer. 32.* dicit, omnes transiret cum Bartolo.

13 Dixi,

13 Dixi, *& post moram ex superuenienti casu non potest facere quod promissi*, quoniam si eueniret impossibilitas ante moram, reus ad nihilum teneretur, *lege quod te mihi 5. & ibi Bartol. numer. 14. Ripa num. 40. Socinus ex numer. 28. ff. si certum petat. l. 18. titulo 11. par. 5. & ibi Gregorius gloss. 5.* Nam difficultas superueniens nedum impossibilitas, in factis excusat à mora *l. datio 3. §. si per venditorem, versicul. Mora, ff. de action. emption. leg. diuortio 37. in princ. versicul. Quod si interea, ff. de negot. gest. l. si vehenda 10. §. idem iuris, ff. ad l. Rhod. de iact. l. Thais 41. §. Lucius. Titius. ff. de fideicommiss. libertat. leg. non omne 37. ff. de statu liber. cap. quia diuersitatem 5. de conces. præbend. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 243. ex numer. 50. Sebastianus Medices tract. de fortuitis casibus 1. part. quæst. 4. numer. 52. & per totam, & quæst. 5. ex numer. 26. tom. 2. Seraphinus de priuileg. iurament. priuilgio 15. numer. 1. Farinac. in fragment. criminal. 1. part. litera D. ex num. 142. Sintagma commun. opinion. libro 4. titulo 22. ex num. 88.*

14 Tertius casus est, quando obligatio facti incipit à promissione, & in confirmationem prioris obligationis adijcitur stipulatio pœnalis. Verbi gratia, cùm quis se obligat ad faciendum aliquid, vt scribendum librum, vel ędificandam domum, & casu, quo non faciat promissum, se obligat ad soluendum stipulatori pœnam certam, aut interesse certum, & liquidum, aut incertum sine vlla liquidatione. Quo casu tàm factum, quàm pœna sunt in obligatione post moram, vt rectè declarat *Menochius de arbitrar. libr. 2. casu 498. ex num. 19.* Sed non potest post moram obligatus compelli simul ad vtrumque videlicet ad factum, & soluendam pœnam conuentionalem, sed ad vnum dumtaxat, vt statuit *l. 34. tit. 11. par. 5.* & ibi notat *Gregorius gloss. 1. & 2.* Quid autem sit hoc, an factum ipsum comprehensum in stipulatione principali, an pœna expressa in stipulatione pœnali, est difficultas multum controuersa apud Doctores, de qua tractant *in l. ita stipulatus 115. ff. verb. oblig.*

15 In ea autem illud certum est, in illis casibus in quibus stipulatio pœnalis adiecta nouat priorem obligationem post commissam ipsam pœnalem stipulationem pœnam solum peti posse, tametsi factum sit in facultate soluendi, vsque ad litis contestationem. In alijs verò casibus, in quibus stipulatio pœnalis superaddita non nouat primam post moram peti posse vnum, quod actor eligerit. Quinam verò sin isti casus, in quibus stipulatio pœnalis nouat priorem principalem stipulationem *iuxta textum in leg. prædia 28. ff. de actor. empt. in leg. obligationum ferè 43. §. sed si nauem, ff. de action. & obligat. leg. 1. in fin. ff. de penu legat. leg. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid.* qui verò sint illi casus, in quibus stipulatio pręcedens nõ nouatur per pœnalem (in quo consistit tota controuersia) tractat *Bartol. in dict. l. ita stipulatus 115. numer. 27. ex versic. Quid ergo dicemus, & num. 33. Albericus ex numer. 29. & post ex nu. 48. Alexander num. 43. Iason. ex nu. 19. Cumanus ex nu. 31. in versic. Sed videamus. Alciatus ex num. 39. ff. de verborum obligation. Gregorius Lopez in l. 16. glossa 7. in fine, & in leg. 34. glossa 1. & 2. & in leg. 35. glossa 2. titul. 11. part. 5. Molina de iustitia. tractat. 2. tomo 2. disputat. 559. numero 6. Gutierez de iurament. confirmat. 1. part. capit. 63. numero 6. Franciscus Marcus 1. part. decision. 412. ex numer. 8. Galganetus de condition. & demonstrat. part. 2. capit. 5. quæstion. 23.* singulariter *Vdalricus Zasius singularium responsorum, libr. 1. capitul. 4.* Oportet tamen animaduertere, circa hoc genus nouationis, quæ resultat ex stipulatione pœnali adiecta in confirmationem prioris principalis stipulationis, nihil esse immutatum à Iustiniano per *lege final. Codic. de nouationibus*, vt notat *Alciatus vbi supra, numero 41.* qui dicit, sic esse receptum, *Franciscus Marcus dicta decisione 412. numero 14. & 18. & Gutierrez vbi supra.*

16 Quod tamen diximus *superius numer. 14.* simili obligatione obligatum non posse simul compelli ad vtrumque, videlicet factum, & pœnam limitandum est. Primò, si adijciatur in contractu clausula *rato manente pacto*, nam tunc post moram potest vtrumque peti, & factum promissum sub prima stipulatione præcedenti, & pœna, aut interesse contentum in stipulatione pœnali subsequenti, *l. qui fidem 16. ff. de transact. l. cùm proponas 17. C. eodem tit. dict. l. 34. tit. 11. par. 5. & ibi Gregor. glossa 3. Padilla in dict. leg. cùm proponas, ex numer. 3. Romanus cons. 510. num. 20. Gutierrez de iuram. confirmat. 1. part. cap. 60. ex numero 2. & in repet. l. nemo potest, numero 423. ff. de legat. 1. Benechendorfius ad Seraphinum de priuil. iurament. priuilegio 85. in additione, numer. 2. Molina de iustitia, tractat. 2. tomo 2. disputat. 556. numero 10. Tuscus litera C. conclus. 300. Gail pract. obseruat libr. 1. obseruat. 150. num. 14. Franciscus Marcus 1. part. decisione 413. & in tractatibus de clausulis Vitalis de Cambano pagina 4. §. clausa, rato manente pacto ex nu. 1. Celsus Hugo num. 249. tom. 18. tractatu Augustinus Barbosa clausula 128. Marta 1. part. clausula 125.*

17 Hanc limitationem sublimitat *Baldus in l. si de fundo 15. in 2. lectura, num. 6. C. de locato*, quem sequitur *Gregorius in d. gloss. 3.* vt non intelligatur in illis casibus, in quibus quis non compellitur præcisè ad factum, sed liberatur soluendo interesse, in quibus credit, etiamsi apposita sit clausula *rato manente pacto*, reum teneri solum ad interesse. Sed Baldus non asserit in hoc firmiter, & loquitur contra glossam vltimam, *ibidem*.

18 Secundò limita, si contractui adijciatur iuramentum, nam illud habet vim clausulæ, *rato manente pacto*, & sic habet eundem effectum, vt simul possit peti pœna incursa propter moram, & factum ex contractu iurato Hanc limitationem tradit *Bart. in l. si quis maior 41. num. 7. & 8. C. de transact. per textum ibi, Et Cagnolus num. 143. Gregorius Lopez in dict. leg. 34. tit. 11. part. 5. glossa 3. Antonius Corsetus de iuramento, & eius priuilegijs, num. 32. Marcus Anton. Baueria de virtute, & viribus iuramenti numer. 21. tomo 4. tractat. Gutierrez dicto cap. 60. num. 10. Seraphinus de priuilegijs iuramenti, priuilegio 85. & ad eum locum Beuochendorfius numer. 3. Andraas Gayl. obseruat. practic. libro 1. obseruat. 150. nu. 15. Franciscus Marcus decis. 412. num. 15. & dec. 413. part. 1. Caualcanus decis. 35. ex numer. 20. 1. part. Molina de iustitia, tract. 2. dicta disputat. 556. num. 12.*

19 Tertio id, quod dictum est *num. 15.* videlicet, esse quosdam casus spectato iure communi, in quibus stipulatio pęnalis adiecta nouat priorem obligationem, & in illis solum posse peti pœnam, commissa post moram prima stipulatione pœnali, limitandum est, vt non habeat locum de iure Castellæ, quo attento nunquam pœnalis stipulatio etiam post moram nouat priorem, in cuius confirmationem adijcitur: ac per consequens etiam post moram primæ stipulationis, & commissa secunda pœnali, stipulator potest eligere, quod velit petere, an factum, an pęnã, & ad vtrumlibet, agere quod sibi magis commodum videbitur. Ita statuit *leg. 35. titulo 11. parte 5. & ibi Gregorius gloss. 2.* notat, legem partitæ approbasse opinionem Dini, & Iacobi de Arena, quam retulit, & reprobauit *Bart. in d. l. ita stipulatus, numer. 27.* cui tamen adhæsis *Cuman. ibi, numer. 36. & 37.* Idem post Gregorium animaduertunt *Gutierrez de iuramento confirm. 1. part. capit. 63. numer. 6. Ceuallos in speculo tractat. quæst. 95. numero 6. Molina de iustitia,*

tia tractatu 2. *tomo* 2.*disputat*.556.*numer*.10.*disput*.559. *num*. 6.

20 Dubitant tamen Doctores circa has stipulationes, an quod continetur in secunda, & promissum est in casu non implementi prioris stipulationis continentis promissionem facti, aut dationis alicuius rei, censeatur promissum nomine pœnæ, vel nomine interesse, cum neutrum exprimitur, sed sit simplex promissio certæ quantitatis. Et censeri promissum nomine pœnæ, videtur probari ex textu *in l*.3.§.*si à fideiussore, vbi glossa penultima, & vltima, & Bart.ff.de eo, per quem fact.erit, l.duo societatem* 72.*& ibi glossa, verbo, Ita dari, ff.pro socio, in leg*. 1.§.*item si ita, & ibi glossa, verbo, Transfusum, ff. ad leg. Falcid. in leg. in executione* 85.§. *quod si stipulatus, & ibi gloss. verb. Dari, ff. de verbor.obligat.in leg.finali, & ibi glossa, verb. Commodius est, ff.de Prator.stipulat.in leg.fancimus* 26. *de fideiussor. Sentit Franciscus Aret.in l.eadem* 4.§.*Cato, num*.2. *Ripa* qui dicit communem sententiam, *ibi, num*.8.*ff. de verbor.obligat.* & pro ea allegat Cynum, Bart.Bald.& Paulum. Sentit item *Cagnolus in leg.quatenus* 24.*numer*.16.*ff.de regulis iuris, & Rebuffus in l.vnica, gloss.in verb. Proferuntur, num*.53.*C. de sentent.quæ pro eo quod interest*.

21 Contrariam tamen sententiam, quinimò quantitatem certam promissam in casu non implementi, seu contrauentionis, in dubio censeri adiectam loco interesse, non pœnæ, amplectitur *Ioannes Andræas in cap. bona fides* 83.*numer*.5.*in fin. de regulis iuris in* 6. *Ancharranus consil*. 148.*apud antiquos, & modernos, numer*. 1.*vers. Et si dubitatur, Felinus in cap.qualiter* 24.§.*ad corrigendos, numer*. 22. *in fin. versic. Et adde, quod pœna de accusationibus, Ludouicus Roman.in l*.1.§.*& post operis, numer*.16.*&* 17.*ff. de noui operis nunciat. & in l.stipulatio ista* 38.§.*alteri, numer*.18. *ff.de verbor.obligat. & consil*.510.*num*. 18. videtur in eandem inclinare. In eadem est *Parisius consilio* 34.*num*.38. 1.*part. Bartolomæus Socinus in l*.4.§.*Cato, numero* 1.*in fin. in versiculo, Considera, si dici potest, ff. de verborum obligat. Thuscus liter.P.conclusione* 243.*numer*.14.*& conclusione* 246.*numero* 21.*& numer*.41. *Alciatus de eo, quod interest, ad leg.vnicam, C. de sentent.quæ pro eo, quod interest, capit*.8. *num*. 20.*& cap*.11. *numero* 4. Romanus existimat, hanc sententiam probari optimo *tex.in l.si duo, ff.si quis cautionibus, crederem ex* §.*finali illius legis. Idem Alciat. libro* 1. *Paradoxorum, cap*.2. conatur ita has duas sententias conciliare, vt magis inclinet in primam.

22 Illud hac in re certum est, obtinuisse Superiorum quorundam Tribunalium consuetudinem, vt pœna conuentionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit, ex quo videtur inutilis præcedens controuersia. Quamuis re vera iste Tribunalium stylus videatur repugnare opinionibus antiquorum, quas refert *Rebuffus in repetit.leg.vnicæ, C.de sententijs, quæ pro eo quòd interest, ad glossam in verbo, Proferuntur, ex numero* 9. Vbi habes duodecim opiniones. Apud quos videas, licitum esse exigere pœnam, etiam vltra interesse, vt apud *Ioannem Andræam in d.capit.bona fides, numer*.5. *Ancharranum dict.consilio* 148.*Romanum dict.cons*.510, & alios passim. Consuetudinem recentiorem Tribunalium amplectuntur, & de ea testantur *Rebuffus in dict. repetit. ad glossam in verb. Dupli, numero* 16. vbi confirmat, *ex glossa vltima in cap.fraternitas* 12.*quæstio*.2.*& ad prædictam glossam in verb. Proferuntur, numero* 17.26.39. *&* 40.*Afflictis dec*. 135.*& ibi Vrsillus*. *Gramaticus, qui limitat decis*.58. *num*. 7. *Curanit. ad Ritum* 168. *numero* 6. *Trentacinquius libro* 3.*variarum resolution.titulo de solutionibus, resolutio*. 21. *numero* 10.*Thesaurus decision*. 98. *numero* 4. *Cachenius decis*.70.*numer*.10.*&* 11. *Auendanus Dictionario, verbor. Pœna conuentional. Sarmiento libr*. 3. *selectarum, cap*.6. *ex numero* 10. *Gutierez de iurament. confirmat*. 1. *parte capit*. 36.*ex numer*.10.*& Canonicar.quæst.libro* 2.*capit*.20.*ex nu*. 5.*Ioannes Garcia de expensis, & meliorationibus, capit*.9. *ex numer*.62. *circa medium*, *Antonius Massa Gallesius ad formulam Cameralis obligationis, par*.3.*considerat*. 2.*numer*. 11.*aliàs quæstion*.31.*numer*.11. *Azeuedus in l*.4.*ex numer*. 57.*tit*.21.*lib*.4.*Recopilat. Parladorius libr*.2.*rerum quotid. cap.fin*.1.*part*.§.22.*limitat*.4.*numer*. 36. *Gaspar.Rodericus de annuis redditib. libr*. 3. *quæstion*.5. *numer*. 10.*Menochius de arbitrar.libr*.2.*centur*.3.*casu* 260.*num*. 19.*Caballus resolut.criminal*.3.*casu* 226.*ex num*. 7.*& casu* 248. *ex num*.9. *Riccius collect*. 1073.*& dec.Curiæ Archiepiscop. Neapolita. par*.3.*decis*.140.*Paponius libr*.12.*tit*.9.*arresto* 1.*Genuensis tractat.de Ecclesia quæst*.254.

23 Verùm monendi sunt contrahentes, vt in contractu potius exprimant quantitatem certam, quàm damna, & interesse, quæ incerta sunt, & difficilis probationis, iuxta consilium I.C. Venuleij *in leg.vltima, ff.de Prætor.stipulat. In eiusmodi stipulationibus (ait) quæ quanti res est promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, & ad exiguam summam deducitur*, significat *Petrus Gregorius in Syntagmate iuris vniuersi libro* 31. *capite* 3.*num*.1. Et sic facta stipulatione iure optimo opinatur doctissimus *Sarmiento, libro* 3. *selectarum, capite* 6. *numero* 11. non opus esse, quatenus intersit probare, alioqui frustra pœnæ conuentionales imponerentur. Ideò existimat, si ex natura rei verisimile sit, damnum passum esse stipulatorem, licèt non ita exactè probetur, pœnam conuentionalem, etiam attẽto iure Canonico, exigi posse, si aliquam cum verisimili damno habeat proportionem, neque tunc oportet, hac in re scupulosius versari. Idem sentit *Grammaticus dec*.58.*nu*.6.*&* 7. Ea tamen doctrina seruanda erit in pœna adiecta facto, quæ non subiacet suspitioni vsurariæ prauitatis, secus esset si pœna adijceretur solutioni quantitatis, quæ suspecta est de vsura, vt suo loco declarabimus. Reus verò non iure grauabitur de facilitate huius probationis contra ipsũ admissæ, cùm in potestate sua sit veris probationibus ostẽdere, aduersarium suum nullum damnum passum esse. Nam quantumvis conuentum esset expressè, quòd staretur iuramento stipulatoris, aut declarationi eius super quantitate interesse, valebit quidem pactum contra promittentem, verùm super intelligenda est, conditio, nisi promittens probet contrarium. Et quamuis statutum diceret, quòd de expensis, vel dãnis stetur simplici iuramento damnum passi, debet intelligi nisi aduersarius probet contrarium; quia hoc est de natura probationis, quod vna probatio recipiat aliam probationem meliorem contrarium, *l.cum de indebito* 25. *in principio, ff. de probat.* Ita notat eleganter *Paulus de Castro in l.vltima, numer*.4. *&* 5.*ff.de præt.stipulat.post Iacobum, Butrigarium in l*.1. *C. de re iudic. Hippolit.de Marsil. in repetit. Rubric. Cod.probation.ex numer*.146.*ad* 151. *Cagnol.in leg.quatenus* 24. *nu*. 16.*ff. de regul.iur. & Felicius de societ cap*.24.*numer*. 80. & in eadem sententia allegato Cyno videtur esse *Afflictis decis*.371.*num*. 7. *Hauia Volaño in Curia Philippica* 2. *part.libr*.1.*cap*.2.*numer*. 27. Scio *Coler.de processib.execut*. 1.*par.cap*.10.*ex numer*.147. neruosè contendere, pactum inter contrahentes initum, quod stetur simplici declarationi, sine iuramento creditoris super quantitate interesse, non esse sustinendum, neque valere, quamuis contrariũ significet de pacto, quòd stetur iuramento creditoris

super prædicta quantitate interesse, quod item esse validum, multis adductis probat *Antonin. de Amato variar. resolut. lib. 1. resol. 27. ex num. 27. & Auendañus de exequ. mand. 2. part. cap. 29. ex nu. 5.* Quamuis pactum hoc, quod stetur declarationi creditoris, seu simplici, seu iuratæ, sit nullum de iure Castellæ, & reprobatum per *nouam pragmaticam Philip. II.* publicatam anno 1608. quæ nunc est, *l. 13. tit. 18. lib. 5. Recopil. in Codice additionum*, quod animaduertit *Volano vbi supra*, quæ tamen lex loquitur de contractu cambij, & de eodem loquutus *Castillo dec. 112. ex numer. 16.* idem sentit, & dicemus latius infra *disput. 8. sect. 7. num. 129. & nu. 132.* Valere tamen, & sustinendum etiam esse pactum illud, quod improbat Colerus, nempe, quod stetur simplici declarationi creditoris, sine iuramento, circa quantitatem interesse, planè sentit *Parladorius lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. par. §. 12. nu. 37.* cum multis, quos allegat. Et ibidem *numer. 36.* considerat aliam vtilitatem ex expressione certæ quantitatis in contractu, & instrumento videlicet, quòd possit statim executioni mandari tanquam obligatio liquida. Hæc de hac materia obuiter dixisse sufficiat, quæ accuratius nō examino, quia non directo pertinēt ad id, de quo in præsenti sermo est, verùm & satis est, & oportuit sic ea præmisisse, de quibus iterum occurret tractatio *disp. 8. ex nu. 107.* vbi latius.

24 Quartus casus est, cum contractus non incipit à dispositione, sed à cōditione, quemadmodum si quis ita promittat, si librum non scripsero, vel domum non ædificauero intra annum centum dabo. Quando verò actus, seu contractus dicatur initium sumere à conditione, quando a dispositione, declarat *Couarr. practicarum cap. 39. num. 8.* De simile obligatione agit *textus in dict. leg. ita stipulatus 115. §. sed & si ita stipulatus fuero, & in §. item si quis ita, & ibi glossa verb. Spondes, & Doctores, ff. de verbor. obligat. & in l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid. & ibi gloss. l. 15. versic. Mas si la condicion, & l. 16. tit. 11. part. 5. Menochius de arbitr. lib. 2. centur. 5. casu 498. ex numer. 4.* Vbi etiam quando incurratur mora in vna, & altera obligatione. Qua mora incursa, siue quia in conditione sit adiecta certa dies; sed quia intercesserit interpellatio, & sit commissa stipulatio, executio ad factum in conditione contentum fieri, non potest contra debitorem non obligatum, sed executio fieri debet pro quantitate contenta in promissione, postquam purificata fuerit obligatio, per implementum conditionis, seu affirmatiuæ, seu negatiuæ, factum tamen erit in facultate soluendi ante litem contestatam.

25 Quintus tandem casus est, cùm quis se obligat alternatiue ad aliquid faciendum, vel soluendam certā quantitatem, aut aliam rem dandam. Quo casu certum est, electionem esse debitoris, quid velit potius soluere, & sic debitorem ad factum compelli non posse, quia quamuis vtrumque ex alternatiuis est in obligatione, vnum tamē solum est in solutione, *l. si duo rei stipulandi 128. ff. de verborum obligatio.* Illud verò est, quod debitor elegerit, *leg. non vtique 3. in principio, ff. de eo, quod certo loco, l. plerumq. 10. §. final. ff. de iure dot. l. si in emptione 34. §. si emptio, ff. de contrahenda empt. l. in eo 110. §. vbi verba, ff. de regul. iur. cap. in alternatiuis 70. de reg. iuris in 6. l. 24. tit. 11. part. 5. & istis locis Doctores, Bartol. in l. 1. numer. 9. ff. de act. empt. Felinus in c. inter cæteras 4. ex num. 4. de rescript. Marianus Socinus in cap. dilecti filij, 28. de foro comp. Ant. Gomez tom. 2. variar. c. 11. ex num. 38. Neguſ. de pignoribus 5. p. memb. 1. ex num. 5. Tiraquell. de nobilitate, c. 37. num. 55. & de retractu lignag. §. 24. glossa vnica, numer. 9. & 10. Maranta in repet. l. si actor, num. 54. ff. de procurator. post suam praxim, Thuscus litera A. conclus. 316. & lit. E. concl. 102. Lassarte de decima venditionis, cap. 7. ex numer. 20. Anna singulari 238. Gratianus disceptat. forens. tom. 2. c. 239. ex numer. 1. Marescot. var. resol. lib. 2. c. 97. Bellonus dec. 144. ex num. 8. Magonius dec. Lucens. 16. Monterus dec. 48. Duenas regula 236. Gratianus regul. 361. Azeuedus in l. 1. per textum ibi, num. 10. 11. 12. titul. 10. lib. 8. Recop. Colerus de processibus executiuis 1. p. c. 8. ex num. 34.* ex quibus locis, & habes regulam, & eius limitationes.

26 Ex istis quinque casibus sic præmissis, quod ad nostrum institutum executionis attinet, resultant duo capita principalia examinanda. Primum est, quando debitor præcisè potest compelli ad factum, & sit obligatus ex instrumento guarentigio, vel sententia habentibus paratam executionem, & creditor velit, eum compelli, quomodo sit exequenda ista obligatio ad factum?

27 Diuersa quidem remedia tradunt Doctores, quibus debitor compellendus sit præcisè facere quod promisit. Primò compellendus est sic obligatus, postquam nō paret primo iudicis præcepto, per carcerationem, vt colligitur ex *textu in l. qui restituere 68. ff. de rei vendicatione*, vbi notat *Baldus in 2. lectura numer. 4.* Eum, qui non facit id, ad quod faciendum præcisè compelli potest, ponendum esse in compedibus, & sunt verba *Accursij in l. stipulatio 21. §. Siue autem, verb. Siue, ff. de noui oper. nunc.* Quam glossam approbat *additio Claudij ad Bartol. ibi*, & eius sententiam communiter approbari sentit *Iason in eadem leg. stipulatio, §. habet autem, numer. 15.* meminit eandem sequutus *Alciatus in l. stipulationes non diuiduntur 72. numer. 85. ff. de verbor. obligat. Plotus de in litem iurando, §. 34. numer. 5. Rebuffus in repet. leg. vnica, Cod. de sentent. quæ pro eo, quod interest, ad glossam verbo, In alijs, num. 28. Gutierez de iuramento confirmat. 1. part. cap. 39. numer. 5. in fin. Caccialupus tractat. de debitore suspecto, & fugitiuo, quæst. 11. num. 6. Colerus de processibus executiuis, part. 1. cap. 6. ex numer. 17.* Qua in re notandum est, in Regno Neapolitano instrumentum, quo quis se obligat ad factum cum clausulis executiuis in casu, quo compellitur præcisè facere, posse liquidari via *Ritus 166.* & tunc per carcerationem est compellēdus præcisè facere, vt notat *Franciscus Ant. de Iudice, Roberto de liquidationibus instrumentorum, consider. 2. num. 16.* ad quem se remittit *Rouitus in Rubr. de instrument. liquid. nu. 16.*

28 Secundo, debitor facti compelli poterit captis pignoribus, & in dicta multa, seu pœna. Quod probatur ex *textu in l. 1. §. si intra diem, ff. de damn. infect. & in leg. si quis à liberis 5. si quis ex his, ff. de liber. agnoscend.* & ibi notat *Accursius, verb. Pignoribus, & ex textu in leg. 1. §. ex hoc rescripto, vbi etiam Accursius verbor. Pignoraque, & verbo Vel multis, ff. de ventre inspicien. idem Accursius in l. si cum dotem 23. §. eo autem tempore, verb. cogatur, ff. soluto matrimonio.* Item ex *leg. vnica, in princip. ff. si quis ius dicend. non obtemper. & textus in §. sciendum, institut. de satisdat. tutor.* docet *Alexander in l. 2. §. ex his igitur, numer. 11. ff. de verb. obligat.* quem sequitur *Alciatus in d. leg. stipulationes non diuiduntur, num. 85. Albericus in d. §. si quis ex his, numer. 1. Lara de Corduba ibidem, numer. 1.* Qui ait, hanc esse peruetustam formam, qua Senatores Romani, Senatui cogebantur adesse, vt planè tradit *Cicero Philippica 1. num. 12. & Aulus Gellius noctium Atticarum libro 14. cap. 7.* Idem colligitur ex traditis à *Petro Gregorio in Syntagmate iuris vniuersi, lib. 31. c. 3. ex num. 9. & agnoscit Franchis dec. 310. num. 1.*

29 Amplia, vt isto etiam compulsionis genere possint

vti

vt iudices in hac ciuitate Neapolitana in dicta mulcta Ciuibus Neapolitanis contumacibus, qui noluerint obedire ipsis iudicibus præcipientibus, vt aliquid præcisè faciant, qui sunt alias obligati, aut obligantur ex ipsis præceptis ad factum: etiam si prædicti Ciues Neapolitani habeant priuilegium, nè possint eorum bona confiscari, nisi pro crimine hæresis, & læsæ Maiestatis in primo capite. Vt constat ex *capite 14. inter capitula Regis Catholici expedita Segouiæ anno 1505 lib. priuileg. folio 41. & capite 6. ex capitulis eiusdem Regis expeditis Neapoli 10. die Maij anni 1507. eodem libro folio, 62. & ex capitul. 8. inter Capitula Cæsareæ Maiestatis expedita Bruselis anno 1550. eodem lib. folio 149. & capite 20. in secunda parte, ex capitulis Regijs, & Domini nostri Philippi expeditis Bruselis anno 1557. die vigesimoquinto, Ianuarij eodem libro folio* 163. In quorum duobus vltimis ciuitas intentauit immunitatem à pœna spreti mandati sed obtinere non potuit. Nam hoc genus mulctæ non pugnat cum tali priuilegio, neque illud tollit, vt animaduertit *Petrus Gregorius in Syntagmate iuris, libr. 31. capite 13. numero 13.* allegans *Boerium in consuetudinis Bituricenses ad §. 10. de iurisdictione omnium iudicum, Ponte de potestate Proregis, titulo primo in principio, ex numero 20. Surgens de Neapoli illustrata, libr. 1. cap. 15. ex numero 4. & numer. 9. Rouitus in pragmatic. 1. numer. 12. de immunitate Neapolitanorum.* Idque præsertim seruandum est, cùm id postulat vtilitas publica, ob quam etiam priuilegia bono publico obuiantia reuocari possunt, vt rectè notat post multos, quos allegat *Ponte vbi supra ex num. 24. ad 28.* Ea tamen in re monendi sunt iudices, nè excedant imponendo mulctam incommensuratam facto, quod præcipiunt: nam si ob præceptum leue, & ob factum nullius ponderis, & cuius implementum parum habeat momenti, grauissimam mulctam imponant, grauatus poterit appellare, & grauamen à superiorib. reuocabitur, & mulcta excessiua executioni non mandabitur: vt optimè animaduertit *Cancer. variar. resolut. part. 2. cap. 2. ex numer. 189.* Semper enim pœna debet esse delicto proportionata, *Deuteronomij 25. numer. 2. & 3. iuxta mensuram delicti erit plagarum modus, cap. non afferamus 24. quæst. 1. Auto omnes peregrini, C. commun. de succession. l. vnica. C. de sentent. pro eo quod interest, Cicero libro 1. de officijs, num. 89. Cauendum est* (ait) *ne maior pœna, quàm culpa sit, D. Thom. 2. 2. quæst. 39. articul. 2. ad 1. Decius in l. si familia 9. num. 6. ff. de iurisdict. omn. iud. Menchaca quæst. illustrium, libr. 2. cap. 8. ex n. 51. Menochius de arbitrar. lib. 2. centur. 3. cas. 166. nu. 1. & cons. 82. nu. 106. libr. 1. Petr. Gregor. Syntagmat. iuris vniuer. lib. 31 cap. 10. numer. 4. Thuscus liter. P. conclus. 211. Caballus resol. crim. cas. 85. nu. 7. Salas de contractibus tractat. de vsuris, dub. 21. nu. 4. versicul. Quarto pœnam, Vazquez in 1. 2. tom. 2. disp. 173. cap. 3. nu. 15. Paz in prax. tom. 1. 5. part. c. 3. §. 3. num. 18.*

30 Tertio modo compelli potest quis ad faciendum aliquid præcisè per denegationem audientiæ, nisi faciat, & quousque faciat, id quod præcipitur, iuxta adnotata *1. to. titul. 1. disputat. 2. quæst. 1. num. 42.* vbi multos retuli quibus addo *Baldum in leg. consentaneum 8. num. 24. C. quomodo, & quando Iud. Decium in cap. 1. num. 325. de probation. Auendañum de exequendis mandat. 2. part. capitul. 30. numero 21. §. secunda ratio, & numer. 12. §. quarta ratio,* tetigi hoc *eodem tit. disput. 1. num. 21. & tit. 2. disput. 7. num. 3.* vbi alios allegaui.

31 Quarto modo ille, qui tenetur ex lege, senténtia, vel instrumento præstare assensum expressum alicui dispositioni, quod est quodam genus facti si monitus præstare, nolit intra terminum à iudice præstitutum, iudex potest consensum habere pro præstito, & sinè vlteriori assensu perficere dispositionem, quę assensum requirit. Ita sentit *Bart. in l. si cum dotem 23. §. eo autem tempore, n. 2. ff. sol. matrim. cum quo Alexander, ibi,* dicit omnes consentire, *Camerarius in repet. cap. imperialem de prohibit. feud. alienat. per Federic. fol. 30. col. 2. liter. F. versic. Respondetur, & liter. H. sub versicul. Quoad tertium, Sigismundus Lofredus in paraphrasibus feudalibus, ad cap. 1. §. donare qualiter olim poterat feud. alienari, fol. 24. colum. 2. versic. De secundo assensu, Franchis decis. 310.* Qui sic refert decisum in S. C. in quadam causa Principissæ Meliti, *Grzarcllus decis. 55. ex numer. 1. Riccius in praxi rerum quotidian. tomo 3. resolutione 524.* Idque ex eo prouenit, quoniam quoties consensu subditi opus est ad aliquem actum, & ille iniustè illum præstare recusat, iudex eius superior eum consensum supplere potest, vt post multos quos allegaui dixit *tit. 1. disp. 2. quæst. 4. num. 212. post medium, & probat textus in cap. nullus 17. de iure patronatus,* in quam rem multa congessit *Lambertinus,* illud latè explicans *tractatu de iure patronatus, libro 1. 2. part. quæst. 1. artic. 20. ex num. 1. per totum, Corsetus singulari 69. Plotus de in litem iurando, §. 7. num. 37. Rodericus Suarez in l. 13. ex n. 21. titulo, De las deudas.*

32 Consultò autem hoc loco prætermittendam duximus grauem illam difficultatem, quæ sese offerebat, quomodo sit exequenda obligatio facti aduersus plures hæredes debitoris defuncti, quoniam pertinet ad nimis prolixam, & intricatam, difficillimamq; materiam indiuiduorum, eamque totam inuoluit, quæ longiorem postulabat sermonem, alienum ab instituto nostro. Petenda est ab his, quæ scribunt latissimè Doctores *in leg. 2. §. & harum, cum paragraphis sequentibus, & in l. 4. §. Cato, & in l. stipulationes non diuiduntur 72. ff. de verbor. obligat. Antonius Gomez tomo 2. var. par. c. 10. Petr. Gregor. 1. part. syntagm. libr. 5. capit. 3. Franc. Couan. comment. iuris ciuil. libr. 6. capitul. 2. Anton. Fab. lib. 3. coniect. cap. 7. Mant. de tacit. & ambig. conuentio. lib. 14. tit. 36. Castillo de vsufruct. cap. 31. Ceuallos in specul. practic. quæst. 76. Parlad. libr. 3. rerum quotid. capit. 6. Spin. in specul. testament. gloss. 13. ex numer. 8. Sarment. libr. 6. selectur. capit. 16. Eguinarius Baro tractatu de diuiduis, & indiuiduis obligationibus tomo 6. tractatu parte 2.* & post hęc scripta visus *Pichardus in apendice, ad titulo 1. Institut. de officio iudicis.*

34 Secundum caput principale est, quando vel debitor non potest compelli pręcisè ad factum, sed liberatur soluendo interesse, vel creditor vult potius interesse, quàm factum: quamuis posset ad factum compellere, quid tunc creditor agere, & quomodo agere debeat, vt consequatur interesse?

33 Tunc oportet distinguere. Aut enim sumus in casu 1. & 2. enumeratis in hac *disputatione, numer. 3. & 12.* in quibus reus obligatus est executiuè ad factum, verum obligatio nihil vlterius continet in casu non implementi. In quibus sunt qui dicant, similem obligationem non posse exequutioni mandari pro interesse. Quamuis enim ex ea debeatur, cum in obligationibus facti succedat obligatio ad interesse, tamen quia neque liquidum est, neque expressum in obligatione, quoad id non habet paratam executionem. Hanc sententiam tuetur *Antonius de Butrio in cap. translato 3. numero 8. quem sequitur Ioannes de Imola ibi, numero 4. versic. Et nota, Decius ex numer. 10. ad 14. de constitut. Alexander in leg. certi condictio 9. in principio, n. 5. Iason,* qui latè tractat *ibi, ex num. 20. Decius numer. 9. ff. si certum petat. idem Alexander in lege in arbitrium 1. numer. 13. in fin. ff. de leg. 2. in versic. Prædicta intellige, Baldus in l. iurisgentium 7. §. quod fere, num. 3. ff. de pactis, & in*

l.ab Anastasio 23.num. 4.C.mandati.idem Iason. in l.1.num. 33.& ibi Orosceus numer.9.& 10.ff.de edendo,Roder.Suar. in repet.leg.post rem iudicatam ff.de re iudicat. in declaratione legis Regni limitat. 4.ex num.9.Didacus Perez in l.4.tit. 8.lib.3.Ordinamenti gloss.1.colum.mihi 1078.vtrum autem executio.Azeuedo in l.1.num.48.tit.21.lib.4.Recopil.Menessius in d.l.1.num.47.ff.de legat.3.Colerus de processib.executiu.par.3.cap.1.ex numer.44.Anton. Massa Gallesius ad formul.Cameral.oblig. par.3.considerat.2.ex nu.8.ad 16.aliàs quæst.31.ex num.8.Traquellus in tract.le mort.declarat.10. 11.Cancer.varia.resolut. 2.part. cap. 3.numer. 87.& 88. Aniles in cap.10.Prætorum,verb.Execution.nu.53.vers.Vbi limitat.Caramita ad Ritum 167.nu.18.in fin. Valasc.consultat.164.num.12.& 13.Fachineus controuers. iur.lib.3.cap. 96.Rodriguez tractatu de executione cap.1.artic.4.num.38. Ratio est Primò,quia in his casibus interesse non est expressũ iostrumento in guarentigio continente obligationem facti: ergo quoad illud non potest executioni mandari: quia solum habet executionem quoad ea, quæ in instrumẽto leguntur,non quoad ea,quę solo intellectu comprehenduntur,iuxta adnotationem I.C.*in l.1.§.legi, ff.de ijs,quæ in testam.delen.*Secundò,quia interesse non est liquidum,ac per consequens pro illo non potest competere executio.

35 Contrariam tamen sententiam,quinimò ex obligatione guarentigia ad factum post moram posse peti executionem pro interesse amplectuntur *Ludouicus Romanus in leg. certi condictio, in princip. ff. si cert. petat.* vt eum referunt *Alexand.& Iason.vbi supra.*Sed ego apud Romanum prædicto loco non inuenio hanc opinionem. Solum tractat, an pro interesse competat certi condictio, quæ est diuersissima quæstio. Hic enim non tractamus, quæ actio competat,sed an competat via executiua. Eam tamen sententiam sequuntur *Felin.in d.cap.translato 3.num. 4. ex versic. Sed contra prædicta, & numer.5.de constit.* qui allegat pro ea *Bald.in l.ad probationem domini 21.nu.3.C. de probationib.*idem tenet idem *Bald.in l.vnica,§.vt plenius, num.6.C.de rei vxor.act.*vbi ait, tacita in stipulationem, ita mereri executionem vigore instrumenti,sicut stipulatio expressa eam meretur vigore instrumenti, in quo est expressa.In eadem sententia sunt *Bart.in l.Iulian.3.ff.de confessis,Alex.sibi contrarius in l.iuris gentium 7.§. quod ferè num.10.ff.de pactis,Barzius tractat.de guarentigia, 1.part. quæst.10. Canarius de executione instrumentor. quæstion.29. num.64.& 65.Roder.Suarez in l.post rem,notab.3.numer.3. ff.de re iudic.Palacios Rubios in l.63.Tauri nu.32. Parlador. lib.rerum quotidian.cap.6.§.2.ex numer.9.*vbi tamen dicit executionem competere, non pro interesse, sed pro vera facti æstimatione,*& libr.2.cap.fin.1.part.§.12.nu.38.* vbi ait, competere executionem pro interesse, *Seraphinus de priuilegijs iuramenti,priuilegio 74.num.16. versic.Et ideò dicitur,Ceuallos in speculo practicar.quæst.652.Barbosa in leg.1.3.part.num.21.ex versic.Ex quibus ita resolutis, & num.23.ff.soluto matrim.Zachias ad Gallesinum de cameral. obligatione ad quæst.31.ex nu.7.Gratianus discept.forensi.to. 2.cap.323.ex num.9.Sarmiento selectarum, lib.8. in leg. in arbitrium 1.n.26.ff.de leg.2.*Fundamentum huius sententię est,quòd taciti, & expressi idem est iudicium, *l.cùm quid 5.ff.si certum petatur,* & quod virtualiter, & tacitè continetur in instrumento,censetur expressum:quare eandem vim executiuam habet instrumentum quoad tacita virtualiter in ipso contenta,quam quoad expressa.

36 Hanc secundam sententiam *Felinus vbi supra,numer.5.* limitat in duobus casibus. Primò, vt procedat, quando id, quod virtualiter continetur in obligatione guarentigia,deducitur ex illa necessario: secus quando deducitur contingenter, ita vt possit resultare ex illa, & non resultare. Nam pro deducto contingenter non potest instrumentum executioni mandari. Secundò limitat, quando statutum tribuens vim executiuam instrumento guarentigio,tribuit illam instrumento simpliciter,aut secundum omnia in eo contenta:secus vero si concedat vim executiuam instrumento secundum eius tenorem, aut instrumento secundum ea,quę verbis in eo sunt expressa. Etenim quod tacitè continetur in instrumento,nõ est de tenore instrumenti, neque expressum in verbis ipsius,& sic non poterit executioni mandari quoad contenta in eo virtualiter, aut collecta ex expressis, stante simili statuto.Et hanc limitationem approbauit Sacrum Consiliũ apud *Franchis dec.325.nu.5.*vbi denegata est instrumento vis executiua liquidationis via Ritus, quoniam *Ritus 166.* eam vim tribuit spectato tenore instrumenti, & iuxta eius tenorem. Sequitur *Barbosa in l.1.3. par.nu. 23.ff.soluto matrim.*Aliter iudicaret Sacrum Consilium,si executio peteretur vigore pacti executiui in instrumento contenti, quoniam hæc executio non pendet à statuto, sed à consuetudine,quę videtur tribuisse vim executiuam instrumento guarentigio secundum omnia in eo contenta.

37 Ego magis inclino in hanc secundam sententiam,quippè cum credam sententias, & instrumẽta non solum posse executioni mandari quoad expressa, sed etiam quoad tacita,& subintellecta,vt latius prosequar inferius *disput. 5.*Ad fundamenta autem primæ sententię facilè responderi potest.Ad primum negandum est,quoad expressa solum competere vim executiuam sententiæ, aut instrumẽto,nisi verba statuti aliud significent,potest enim executio cõpetere,etiam quoad tacita.Ad secundum dicendum est obligationem pro interesse in illis casibus esse illiquidam,& sic non posse peti executionem pro interesse certo,& liquido à principio:verùm eam obligationem posse executioni mandari quemadmodum mandantur aliæ illiquidæ, videlicet facta prius liquidatione, contingere sæpius dicemus *infra numero 41. cum sequentib.*

38 Verùm cùm iudex non soleat, imò neque regulariter possit impartiri officium suum,nisi petenti,*l.dies cautioni 4.§. hoc autem, ff. de damno infecto, & ibi Alexander ex numero 2. Gregorio Lopez in lege 26. titulo 4. part 3. gloss. 11. Thusculiter.O. conclus. 111. Riccius collectan.411. Afinius tractat.de executionibus, §. 3. capit. 1.ex numer.1.* (qui congessit 13. ampliationes huius regulæ vsque *ad caput 15.& ex cap.16.ad cap.322.* limitationes 297.) difficultas est, quonam modo sit petenda in hisce casibus executio? Hanc difficultatem elegantissimè tractat, & resoluit *Bartolus in leg.1.ex numero 5.ff.de action.empto.& in dict.leg.stipulationes non diuiduntur,ex numero 40.ad 43. ff. de verbor.obligat.* Et docet, tribus modis id posse fieri. Primus est, quod petatur factum in libello, & tempore sententiæ interrogetur reus, si vult facere, vel non. Et si dixit,non velle se facere, tunc iudex condemnabit eum ad interesse. Secundus est,quod ab initio actor interroget reum, an velit facere, & si non vult facere, statim agatur ad interesse. Tertius modus est,vt sic petatur,peto factum,& si reus non fecerit, peto interesse,quos petẽdi modos latè explicat *Bartol. vbi supra Ioannes de Imola in su dict.l.stipulationes non diuiduntur nu.19.*addit quartum modum, vt post moram rei, absque vlla alia interrogatione petatur interesse:idq; ait probari ex eadẽ lege. Vide ibidem *Cuman.numero 42.ex versic. Sed quæ est practica*

cum

cum num.43.Alexand.ex nu.31.Iason.nu.36.Alciatum ex num.92.Cinum in l.vnica ex num.17.C.de sent.quæ pro eo quod inter Speculatorem lib.2.tit.de fructibus,& interesse,§. viso 6.ex num.5.

39 Aut sumus in tertio casu,de quo egimus *nu.14.supra*, qui includit duos. Primus,quando quis in casu non implementi promittit pœnam certam, aut interesse certum,& liquidum. Et in hoc dicendum est, quos moram posse peti, & fieri executionem pro interesse, vel pœna certa: tametsi verum sit,factum esse in facultate soluendi,etiam post moram, vsque ad litis contestationem,vel actum iudicij, qui habeat vim litis contestationis, vt notat *Cuiacius in dict. leg. stipulationes non diuiduntur 72. ff.de verbor.oblig. post Bartol.ibi*. Absque scrupulo autem dicimus, posse peti; & fieri executionē pro interesse,vel pena certis,taxatis à principio sine vlteriori probatione, quoniam cùm pœna,aut interesse certum adijcitur obligationi faciendi, actus non est suspectus, ideò si interesse est verisimile, & pœna non excedat interesse verisimile,potest pro illis concedi executio, iuxta adnotata *superius num.23*.Secus esset,si interesse, vel pœna certa adijcerentur solutioni quantitatis, tunc enim non satis esset taxari à principio, quia contractus esset suspectus de vsura,vt probat *l.31.tit.11.par.5.& ibi Greg.gl.2.* Et hoc interesse egeret vlteriori probatione,*leg.qui testamentum 27.ff.de probationibus*, neque sufficeret promissio,*l.si tibi decem 17.in princ.ff.de pact.l.rogasti 11.§.si tibi dedero,ff.si cert.pet.l.hactenus 11.§.fin.cum l.sequenti ff.de constit.pecun.* vide vbi supra Gregorium, qui eleganter loquitur,ergo tractabo inferius(Deo dante)*disp.8*.

40 Secundus casus est, quod promittitur quantitas incerta pro pœna, vel interesse incertum, sine taxatione, veluti si quis si non fecerit id,quod promittit,se obliget ad resarcienda damna, & interesse stipulatoris. In quo prima sententia est,non posse promissionem istam incertæ, & illiquidæ quantitatis executioni mandari, neque pro ea expediri mandatum de capiendis pignoribus, & procedi ad capturam personæ debitoris,quæ solum possunt fieri virtute obligationis,& instrumenti liquidi continentis certam quantitatem. Ita sentit *Bart. in l.proinde 25.§.notandum,numer.3.ff. ad leg. Aquil. Baldus in leg.2. num.6.versicul.in glossa, vt differatur,ff.de leg.2.& in leg.si causam 2.numer.6.Cod.de execut. rei iudicat. Cumanus in repet.dict.leg.2.numer.4.& numer.7.ff. de legat.2. Iason in leg.1.num.31.& 32.Zasius num.13.Oroscius numer.9.ff.de edendo,Romanus cons.211.ex numer.5..Alexand.cons.188. num.1.libr.2.& additio Rouescalis ibi*, dicit, hanc esse frequentem conclusionem apud Alexandrum; *Decius cons.322.num.3.& consil.618.num.5.Hippol.de Marsilijs consil.89.num.12.Rebuffus tom.1.in Const. Regi tractat. de literis obligatorijs,articulo 1.glossa 9.num. 7.& Menochius de adipiscenda possessio remedio 3. numer. 190. Rodericus Suarez in l.post rem iudicatam, in declaratione legis Regni, limitatione 4.ex numer.1.Parladorius libr.2. rerum quotid. cap.fin.1.part.§.12.limitat.4.ex numer.27.Capic.decis.17. Caballin.milleloquio 625.Asinius tractat.executionibus, §. 1.capite 29.ex numero 8.Cancer.variar.resolution. 1.parte cap.17.numer.25.Rodriguez de executione, cap.1.articul.4. num.29.Carauita ad Ritum 167.ex numer.4.* vbi latè tractat,quot modis instrumentum dicatur, & sit illiquidū, *ex num.14.& num.17.in fin.& numer.18. Intrigliolus lib.2.singulari 50.num.1. Colerus de processib. executiuis, part.3.cap.1.ex num.2.& ex num.44.Becius, cons.5.num. 6.& 7.libr.1.* qui multos allegat,& dicit hanc opinionem esse communem,*Carolus de Graffis de exception.except. 36.ex numer.1.* qui etiam allegat plurimos, verum *ex numer.5.* videtur incidere in secundam sententiam statim referendam.

41 Secundam sententiam contrariam, quinimò instrumento guarentigio, in quo sine liquidatione promissa sunt damna,& interesse, concedendam esse executionē, si petatur à creditore, amplectuntur in primis *Bartolus* sibi contrarius *in l.1.num.8.Paulus num.9. Romanus num.4.ff.de edendo,idem Bart.in leg.1.num.17.ff.de legat. 2.& in l.1.num.3.& 4.ff.de iudicat. solui, Angelus in leg.creditores 3.num.4.Salicetus num.27.Cod de pignor.idem Romanus consil.76.num.5.in fin.Menesius in l.1.num.47.ff.de leg.2.Couarruuias lib.2.variarum cap.11.numer.1.versicul. In summa Barzius de guarentigia, quæst.2. Valascus consultat. 164.numer.11. Cacheranus decis.129.ex num.10.Scaccia tractat.de apellat.quæst.17.limitat.9.ex num.14. Gallesius ad formul.Cameral.obligat.sub titul. de liquidat. ex num. 6. aliàs quæst.35.ex num.6.Antonius de Canario de execution. instrument.quæst.14.num.33. Didacus Perez in leg. 4. titul. 8.libr.3.Ordinamenti gloss.1.colum. 2068.§. vtrum autem executio.Hermosilla in leg.10.titul.1.part.5.gloss.4.ex num. 443.Paz in prax.1.tom.4.cap.1.ex num.15.Auil. in capit. 10.Pratorum n.53.in verb.Execution.* qui tamen ibidē ex *num.49.* videtur adhærere primæ opinioni, non satis distinguens intra vtramque, *& Rodericus Suarez in leg.2. titul. De los emplazamientos, libr. 2. forilegum, §. sed pone quæstionem, numer.4.& in leg.post rem in declaratione legis Regni, limitat.4.ex num.6.* eodem vitio laborans, atque item *Rodriguez tractat.de executione cap. 1. artic. quarto, num.30.*

42 Hæ quidem duæ sententiæ in eo conueniunt,& apud authores omnes vtriusque certum est,executionem non posse perfici,& exitum habere, absque eo, quod præcedat liquidatio. Etenim bona debitoris non posunt vendi,vt neque solutio fieri, nisi constet de certa quantitate creditori debita,quæ illi soluenda sit. Differunt tamen, quod iuxta primam sententiam executionis iudicium incipere non debet, neq; ipsa executio petenda est, tàm virtute instrumenti,quam sententię,pro quantitate illiquida;sed cùm vel sententia, vel instrumentum continet quantitatem illiquidam,vel conditionem, prius, & ante omnia petenda est à iudice liquidatio per probationes, per quas constare debet certa,& determinata quātitas, quę spectato solo instrumento,vel sententia erat illiquida,vel purificatio conditionis obligationis cōditionalis, qua liquidatione sic facta subsequi debet executionis petitio.Iuxta secundam verò sententiam,ex vi sentētiæ, vel instrumenti guarentigij ab initio, & ante omnia petenda est executio pro quantitate liquidanda, quæ in eodem iudicio executiuo liquidanda est, antequam feratur vltima executionis sententia,& antequam proceditur ad capturam pignorum,vel personę debitoris. Nisi quòd *Paulus Castrensis in l.1.numero 9.ff.de edendo*,putat, ex instrumento guarentigio illiquidam quantitatē continente,vel conditionato,posse antequam liquidetur petita executione procedi ad capturam pignorum,& personæ debitoris dummodo statim liquidetur, quem sequitur *Auiles in c.10.Pratorum,verb.Execucion,numer.53.* item videri sentire *Socin.consilio 96.numero 12. volumine 4.* In quo eorum sententia videtur singularis, nam quāuis idem dicat *Boerius decisione 295.numero 15.in fine*, id tamen,ait procedere ex forma statutorum. Hoc autem reuera videtur leue discrimen,ex hac sola consideratione videntur conciliari prædictæ duæ dissidentes sententiæ,vt placet *Bartolomæo Socino consil.89. numer. 1. libro*

3. *Antonio de Canario de executione instrumentorum, dict. numero 33. Menochio de adipiscenda possessione, remedio 5. ex numero 61. & Surdo consil. 248. numero 12. & 13. libr. 2.*

43 In summa ex istis duabus sententijs (vt adnotarunt *Canarius, & Menochius*, modo relati) colligitur duplex modus practicandi executionem prædicti instrumenti guarentigij, vel sententiæ continentium quantitatem illiquidam, frequens in iudicijs. Primus iuxta primam sententiam, vt habens instrumentum, vel sententiam illiquidam pro se, compareat coram iudice, petens illa liquidari, & post illa liquidata petat executionẽ. Secũdus iuxta secundam sententiam, ut habens sententiam, vel instrumentum illiquidum, virtute illorum petat executionem, & vt iudex primum, & ante omnia citato reo capiat summariam informationem super liquidatione prædictorum sententiæ vel instrumenti, quam incontinenti offerat, & vt liquidata quantitate pro ea iudex mandet executioni sententiam vel instrumentum. Et eodem prorsus modo dicendum est de instrumento conditionato. Quem secundum exequendi modum tradit *Paz in praxi tomo 4. parte capite 1. num. 16.*

44 Inter duos practicandi modos hoc interest, quòd creditor petens, iuxta primam liquidationem executione non petita, videtur petere pronuntiationem iudicis super liquidatione, & necessarium erit, iudicem super liquidatione, & pronunciare, iuxta notum *textum in l. de qua re 74. in principio, ff. de iudicijs*. Ideò *Baldus in leg. 2. numero 7. in fine, Cod. de execut. rei iudicat.* præsupponit interloqutionem iudicis super liquidatione ante executionem, *& in leg. item quia conuentiones, in 2. lectura, numero 3. ff. de pact.* ait. *Item nota, quòd quando dubitatur, an extiterit conditio, debet hoc liquidari per probationem, & pronuntiationem iudicis declarationis super hoc, vt lege si ita stipulatus fuero te sisti de verborum obligation. nec potest dici, quod aliquid sit perfectè liquidum, nisi sit per sententiam declaratum, nam sententia facit rem indubitatam, quod facit ad statuta de executione guarentigia, quod si de se non sunt liquida, debent primò declarari, & sic aliqua pronunciatio est necessaria, ante quam fiat executio, ad idem de confirmand. tut. l. tutores à patruo.* Consentit *Barzius de guarentigia, quæst. 2. Autlesius in cap. 10. Prætorum, verb. Execution. num. 52. Gallesius ad formul. cameral. obligation. titul. de liquidatione, aliàs quæst. 35. numer. 13. 14. & 15. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 5. ex num. 70. Iason. in leg. stipulatio 21. §. habet, ex numer. 6. post Bartol. ibi, ff. de noui operis nunciat.* loquens de excussione, *& Roman. dict. consil. 211. num. 3. & 4.* & loquens de liquidatione instrumenti guarentigij, *num. 5. Asinius tract. de executionibus, §. 1. cap. 29. numer. 17. Boerius decis. 295. num. 15. in fin. Canarius de executione. instrument. numer. 33.* A qua sententia quamuis aliqui recedant, credentes, liquidationem posse fieri per solas probationes, & testes, qui detegunt vim executiuam instrumento velatam sine iudicis declaratione: in qua sententia re vera videtur residere *Gallesius vbi supra numer. 13. in fin. cum sequentib. & ad eum Zachias numer. 4. in fin.* qui dicit, ita se habere stilum Curiæ Romanæ, existimo, eos loqui, & esse declarandos de casu, quo petita prius executione, iuxta secundam superius relatam sententiam, liquidatur summariè instrumentum ad finem exequendi, quasi hic articulus liquidationis sit incidens in causa executiua. Secus est, cum ab initio principaliter petitur liquidatio, quæ causa nõ potest dici causa executiuis, quę petita non est sed causa liquidationis: eo enim casu non video, quo modo possit omitti pronunciatio super liquidatione, cùm nihil aliud sit petitum à iudice, quàm vt instrumentum faciat liquidum, & super eius liquidatione consequenter pronunciet. Ab ea autem pronũciatione super liquidatione reus appellare potest, iuxta generalem regulam *l. & in maiorib. 20. C. de appell.* Omnes enim Doctores dicunt, causam liquidationis non esse executiuam, & in ea admitti debere pro reo omnes, & quascunque exceptiones. Notat *Bald. in l. 2. nu. 7. & 8. C. de execut. rei iud. Socinus conf. 51. nu. 5. & 6. vol. 1. Couarr. lib. 2. variar. c. 11. num. 1. vers. primum ex ijs constat, Roderic. Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, limit. 4. num. 5. Galleus ad formul. Cameral. obligat. titul. de liquidatione, seu quæst. 35. num. 3. & ad eum Zachias num. 4. ad verbum, Omnes Exceptiones, & quæst. 31. nu. 7. Canarius de execut. instrument. q. 14. num. 33. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. num. 192. & d. remed. 5. numer. 71. Scaccia de appellat. q. 17. limit. 9. numer. 34. & 36. Cancer. variar. resol. part. 1. cap. 17. numer. 28.* qui dicit, sic se obtinuisse, *Graffis de exceptionib. except. 36. numer. 11. Hermosilla in l. 10. tit. 1. par. 5. gloss. 4. numer. 450.* Hac de causa rectè monuit *Paz in prax. 1. tom. 4. part. c. 1. numer. 17.* cauendum esse, ne petat actor à iudice, vt sententiam interlocutoriam super liquidatione pronunciet, quoniam tunc aperiet viam appellandi reo, & differendi executionem, fietque iudicium ordinarium, vt *Couarruuias* notat.

45 Si verò iuxta secundam sententiam ineatur liquidationis modus, videlicet petita primum executione virtute instrumenti guarentigij, quamuis illiquidi, liquidatione in continenti oblata, quasi in executionis causa liquidatio sit incidens, ea facta cum citatione rei per testes, aut instrumenta, nõ erit necessarium super liquidatione pronunciare, aut interloqui iudicem, vt aperiatur reo via appellandi, & prorogandi iudicij, vt sentit *Couarruuias lib. 3. variar. cap. 11. numer. 1. dict. vers. primùm ex ijs constat.* Sed pro quantitate, quam liquidam esse ex probationibus constiterit, poterit iudex absque præuia alia interloqutione concedere executionem instrumenti, vel sententiæ, & expedire litteras executorias, seu mandatum de exequendo, vt capiantur pignora, & debitor carceretur. A quo mandato non potest interponi appellatio, iuxta latè tradita à *Bernardo Diaz regular. 43. Anton. Gabriele lib. 2. communi, titul. de appellat. conclus. 4. Menchaca controuers. vsufrequent. lib. 2. cap. 38. numer. 6. & 7. Rebuffo in Const. Reg. tom. 1. tract. de sententijs executorial. articul. 7. gloss. 12. num. 16. Roderico Suarez in leg. post rem iudicatam, in declarat. legis Regni, quæst. 6. num. 3. Didacus Perez in l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordinament. colum. 1113. versicul. Quæro vtrum in causa, Gutierrez in repet. l. nemo potest, num. 447. & 448. ff. de leg. 1. Maranta in praxi, part. 6. tit. de appellatione, numer. 260. Parladorio libr. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. par. §. 12. limit. 4. num. 32. Ceuallos in speculo practic. tom. 4. quæst. 897. ex numer. 93. Escobar de ratiocinijs cap. 33. ex numer. 20. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. numer. 821. & 827. Scaccia de appellationib. quæst. 17. limitat. 47. memb. 1. ex numer. 191. Cancer. var. resol. part. 1. cap. 17. ex numer. 23.*

46 Ex prædictis planè infertur, vtiliorem esse secundum modum practicandi executionem instrumenti illiquidi iuxta secundam sententiam, vt breuius fiat executio, & finis litibus imponatur, vt planè significauit *Canarius de execut. instrum. d. q. 14. num. 34. in fin. & Paz vbi sup. n. 44. in fi.* relatus. Ac per consequens reiecta prima sententia, sequendam esse secundam.

47 Confirmat præcedentem resolutionem appositissimum exemplum desumptum ex eo quod cõtingit circa exe-

executionem sententiæ obtinentis authoritatem rei iudicatæ, ob id, quòd appellatio ab ea fuerit deserta; tunc enim ille pro quo lata est prædicta sententia, duobus modis potest intentare illius executionem. Primo si compareat coram iudice, petens, vt pronunciet appellationem desertam vt post pronunciatam desertam possit sententię executionem deinde petere. Secundo si ab initio petat executionem sententiæ habita appellatione pro deserta, & hic modus est vtilior petenti. Quoniam iuxtà primum si iudex declaret appellationem desertam, ab ista sententia declaratoria potest interponi appellatio, vt notarunt *Philipp. Franchus in cap. ex ratione* 8. *nu.*80. *de appellationib. Angelus Aretinus in l. ante sententiam, num.* 16. *vers. Quærit Baldus, ff. de appellat. recipiend. Scaccia de appellationib. quæst.* 17. *limit.* 47. *memb.* 1. *num.* 185. *Gayl. practicar. obseruat. lib.* 1. *obser.* 138. *num.* 4. *Minsynger. obseruat. centur.* 3. *obseru.* 36. *numer.* 4. *Maranta in praxi, p.* 6. *titulo de appellatione, nu.* 201. Quare captius est causa vitandi appellationem, vt iudex sine alia pronunciatione habita appellatione pro deserta, quando re vera deserta est, sententiam exequantur iuxta *text. in l. si contra maiorem* 8. *C. de appellat.* Quam cautelam docuerunt *Angel. in d. l. si contrà maiorem, & consil.* 40. *n.* 2. *Bald. consil.* 390. *punctus super quo, vol.* 3. *Philipp. Francus in d. cap. ex ratione, num.* 99. *Cepolla cautella* 44. *Maranta vbi supra*. Hæc de hoc casu tertio.

48 Aut sumus in quarto casu, de quo egimus, *numer.* 24. quando contractus incipit à conditione, & in casu non implementi promittitur quantitas certa nomine pœnæ, aut interesse. Tunc post moram petenda est quantitas, quæ est in obligatione, & pro ea executio, & erit concedenda. Erit autem in potestate debitoris, vsque ad litem contestatam præstatione facti se liberare. Dixi *promittitur quantitas certa*, nam si promitteretur quantitas incerta, vt interesse, & damna, quæ promissio continet quantitatem illiquidam, & ex ea oritur illiquida obligatio, erit ista obligatio contenta quidem in instrumento guarentigio exequenda, iuxta tradita *supra ex nu.* 41.

49 Aut denique sumus in quinto casu, de quo diximus *num.* 25. cùm obligatio contenta in instrumento guarentigio, aut sententia exequibili, est alternatiua facti, aut quantitatis. Pro qua obligatione exequenda debet creditor petere alternatiuè vnam ex rebus promissis, vt ad notauit *Anton. Gomez tomo* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 40. *in fin. vers. Item adde*. Iudex autem, coram quo ex obligatione alternatiua agitur, præfiget debitori terminum infrà quẽ eligat, quid velit soluere. Quod si elegerit, exequetur obligationem pro illa re, quam debitor elegerit, quia electione facta, sola res electa erit in obligatione, *l. si quis stipulatus sit* 112. *in princip. ff. de verb. oblig. & ibi Bart. num.* 1. Quod si intra præscriptum terminum, debitor non elegerit, amittet electionem, & facultas eligendi deuoluetur in creditorem, *l. mancip.* 6. *ff. de option. vel elect. l. Bart. in l. eum qui certarum* 138. *§. cùm purè, n.* 4. *ff. de verb. obligat.* vel censebitur electa res, quæ deterior est promissori, & magis stipulatori prodest, vt ibidem probat *Bartolus*. Latiùs prosequitur *Simon de Prætis de interpret. vlt. volunt. lib.* 1. *interpret.* 1. *dubitat.* 3. *solution.* 4. *num.* 20. Electione verò ad creditorem deuoluta non poterit debitor purgare moram, quia res non est integra, cùm ius alteri quæsitum sit ex dispositione legis, vt animaduertit *Craneta consil.* 16. *num.* 23. *& consil.* 246. *num.* 5. *Bellonus decis.* 144. *num.* 10. *Franciscus Aretinus consil.* 95. *ex numer.* 8. post glossam approbatam ab omnibus, vt ille testatur *in cap. cupientes* 16. *§. Quòd si per viginti, verb. Expectati, de elect. in* 6. Facit doctrina *Baldi in Auth. habita, num.* 93. *C. ne filius pro patre*, vbi ait, non esse locum pœnitentiæ, si pœna imponatur ipso facto, electione autem intrà tempus assignatum, non facta à debitore, deuolui ad creditorem facultatem eligendi in istis obligationibus alternatiuis, sentiunt post Bart. supra allegatum *Bald. in l. statu liberum* 11. *§. Stichum, num.* 1. *ff. de leg.* 2. *Philippus Franchus in cap. si pluribus* 24. *num.* 3. *Anchærran. nu.* 2. *vers. Sextò, & vltimò nota, de Præbend. in* 6. *Ioann. Faber. in leg. cum quidam, in fin. C. de verbor. signif. & in §. Si generaliter, num.* 12. *Instit. de legat. Angelus in d. l. eum, qui certarum, §. cùm purè, num.* 3. *Alberic. num.* 7. *Aretinus num.* 3. *Tiraq. de retractu lignagier, §.* 24. *glossa vnica, num.* 9. *&* 10. *Bellonus d. decis.* 144. *num.* 10. *Simon de Prætis de interp. vltimar. volunt. lib.* 1. *interpretat.* 1. *dubitat.* 3. *solut.* 3. *num.* 6. *& solut.* 4. *ex numer.* 20. *Gratian. discept. forens. tom.* 2. *cap.* 239. *ex nu.* 1. *Marescot. var. resol. lib.* 2. *cap.* 97. *ex numer.* 4. Hoc igitur casu creditor ob motam debitoris eliget, quam rem sibi solui velit ex contentis in obligatione alternatiua, & pro illa petet executionem.

SVMMA DISPVTATIONIS *Quarta*.

1 *Vis executiua sententiæ, vel instrumenti non est æterna; sed temporalis, & præscriptibilis.*
2 *In præscriptione iuris executiui non requiritur bona fides.*
3 *Præscripta via executiua nulla tollitur actio.*
4 *Qui acceptat pro se beneficium statuti, debet etiam acceptare exceptionem ex illo ortam contra se.*
5 *Explicatur* l. 63. Tauri, *ex qua iuri executiuo ex actione personali præscribitur decennio.*
6 *De iure Castellæ iuri executiuo ex actione reali præscribitur iuxta ius commune spatio triginta annorum, cùm circa illud nihil disponatur in lege Tauri.*
7 *Eo iure præscribitur iuri exequendi sententiam latam super actione personalis spacio viginti annorum.*
8 *Expenditur sensus* d. l. 63. Tauri.
9 *Reijcitur sententia quorundam Hispanorum circa eius intellectum.*
10 *Approbatio sententiæ* Anton. Gomezij, *& eius comprobatio.*
11 *Vna determinatio respiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.*
12 *Iuri liquidandi instrumentum via Ritus de iure Neapolitano præscribitur spatio viginti annorum.*
13 *Iuri exequendi obligationem pœnes acta præscribitur spatio triginta annorum, & improbatur* Tapia *aliter sentiens.*
14 *Modus exequendi obligationem pœnes acta variatur, si petatur eius executio citrà, vel vltrà decennium.*
15 *Iuri exequendi instrumentum vigore pacti executiui præscribitur spatio triginta annorum, quo præscribitur executioni sententiæ.*
Instrumentum æquiparatur sententiæ, ibid.
16 *Iuri exequendi instrumentum census quanto tempore præscribatur, quæstio, frequens.*
17 *Præscripta semel via executiua prædicti instrumenti non posse vlterius peti executionem pro reditibus decurrendis, qui senserint.*
18 *Præscripta via executiua quòad reditus decursos manere quòad decurrendos, verior sententia.*
In obligationibus annuis non computatur tempus præscriptionis ex initio obligationis, sed ab initio cuiuslibet anni, ibidem.
Impedito agere non currit præscrptio, ibid.

19 Sa-

19 *Satisfit fundamento contrariæ sententiæ.*
20 *Quo tempore præscribatur annuis præstationibus quoad substantiam actionis, remissiuè.*
Vbi perimitur actio, perimitur quoque modus agendi, ibid.
21 *Præscriptio viæ executiuæ solet interrumpi item perpetuari.*
Discrimen inter interruptionem, & perpetuationem, ibid.
22 *Præscriptio actionum duobus modis interrumpitur, aut naturaliter, aut ciuiliter.*
23 *Præscriptio viæ executiuæ est mere odiosa.*
24 *Præscriptio viæ executiuæ interrumpitur per solam citationem, citrà litis contestationem.*
25 *Per solam petitionem executionis an interrumpatur præscriptio viæ executiuæ, & qui tenuerint sententiam affirmatiuam.*
26 *Contraria sententia est verior.*
Ad interrumpendam præscriptionem non sufficit sola libelli oblatio, ibid.
27 *Per litis contestationem perpetuantur actiones.*
28 *In causis summarijs, & via executiua lis contestatur, cùm reus se opponit executioni.*
29 *Explicatur Bartolus* in l. si quis stipulatus 57. ff. de verb. oblig. *& reprehenditur Baldus.*
30 *Limitatur prædicta resolutio.*
31 *Præscriptio viæ executiuæ non interrumpitur, nisi interueniat citatio rei, aut quasi citatio.*
32 *Via executiua perpetuatur vsque ad quadraginta annos per illum actum, qui in via executiua habet vim litis contestationis.*

DISPVTATIO IV.

An viæ executiuæ præscribi possit, & quanto tempore: quomodo perpetuetur; & quando, & ex quibus actibus eius præscriptio interrumpatur?

1 OMissa difficultate de præscriptione actionum, de qua agit *textus in l. sicut 3. & in l. omnes 4. & in l. cùm notissimi 7. C. de præscript. triginta, vel quadraginta annor.* & tractant ibi Doctores antiqui, & nouissimè post ipsos latè *Petrus Barbosa*. Apud Hispanos *l. 22. tit. 29. p. 3. & ibi Gregorius Balbus tractatu de præscriptionib. 4. par. 4. principalis, ex quæst. 1. Couarruuias in relectione, cap. possess. de regul. iur. in 6. 2. part. §. 11. Parladorius lib. 1. rerum quotidian. c. 1. ex §. 11.* statuenda est conclusio indubitata, vim executiuam sententiæ in iudicatum transactæ, vel instrumenti guatentigij æternam non esse, sed temporalē; determinato enim tempore finitur, & præscribitur, tàm de iure communi, quam Regio Castellano, & Neapolitano. Nam de iure communi, istud ius executiuum sententiæ in iudicatum transactæ durat per spatium triginta annorum, & non nisi per eius transitum præscribitur, vt docet *gloss. vltima, in leg. sæpè quidem vlima, C. de præscript. 30. vel. 40. annor. Bald. in l. debitori 7. numer. 11. C. de pact. & in Rubr. de præscriptionib. num. 22. in fin. Baldus de præscriptionib. 4. part. 4. principalis, quæst. 31. Afflict. decis. 245. num. 12. & 13. & ibi addentes, & decis. 345. numer. 10. Achiles de Grassis decis. 5. numer. 1. de prescriptionibus, Maranta in praxi, 6. part. tit. de executione, numer. 54. Rebuff. tom. 3. de Constit. Regias, tractat. de causis beneficiorum possessorijs, art. 11. glossa vnica, numer. 5. Natta cons. 22. num. 1. tom. 1. Parlador. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 11. num. 12. Barbosa in l. sicut 3. numer. 159. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Tusc. litter. P. conclus. 547. ex num. 1. Azeuedus in l. 6. numer. 1. tit. 15. lib. 4. Recopil. Castillo in l. 63. Tauri, ad verbum, Diez años, Olanus in concordia antinomiarum, lit. I. num. 57.* vbi dicit, idem statui de iure Regni Nauarræ, *Gratianus discept. foreus. tom. 5. c. 994. numer. 8. Scaccia de comercijs, §. 7. gloss. 7. numer. 2. Assinius in praxi iudicior. §. 31. cap. 2. lim. 18. Tapia in Const. Duram, & diram. num. 13. lib. 4. Iuris Neapolitani Rubr. 19.* ego dixi supra *tit. 1. disp. 2. quæst. 7. sect. 3. num. 965.* vbi allegaui *Cartarium, Fabrum, Riccium, Salgadum.* Quamuis *Ioann. Andreas in additione ad Speculatorem, lib. 2. tit. de executione sententiæ, §. postremo 6. ad num. 6. circa fin. ad verbum, §. sequenti,* sequutus vt dicit *Guidonem de Suzar.* requirat ad præscribendam viam executiuam spatium 40. annorum transactorum post sententiam.

2 Qua in re illud est notatione dignum, quamuis regulariter in omni præscriptione requiratur, bona fides stante iure Canonico, iuxta *textum in cap. possessor. 2. de regul. iur. in 5.* copiosèque, & eleganter tradita à *Baldo de præscript. 2. part. 3. principalis, q. 6.* in præscriptione tamen iuris executiui non requiri bonam fidem: quinimò illi præscribitur, etiam data scientia debitoris, quæ illum in mala fide constituit. Adnotarunt *Philippus Francus in d. cap. possessor. numer. 10. ex vers. Sed bene videretur, cum numer. 11. & 12. seqq.* idem *Balb. de præscriptionib. 2. part. 3. principal. q. 14. num. 8. Gregor. Lopez in d. l. 22. tit. 29. part. 3. glosa 1. Couarruuias in relectione, d. cap. possessor. de regul. iur. in 6. in 2. par. §. 11. numer. 6. vers. Sextò leges sæculares, Anton. Gomez in l. 63. Tauri, num. 1. Didacus. Perez in l. 4. tit. 8. glos. 1. circa finem, col. mihi 1092. §. Dubitatur præterea & in leg. 3. tit. 13. lib. 3. Ordinament. col. 1233. §. Præterea, & secundo, Messia de taxa panis, conclus. 1. num. 150. Gutierrez in repet. l. nemo potest, num. 204. & 205. & num. 475. ff. de leg. 1. Gratianus discept. foreus. tom. 1. cap. 52. numer. 22. Parlad. lib. 1. rerum quot. cap. 1. §. 11. num. 18. & 19. & §. 12. numer. 3. Barbosa in l. sicut. 3. num. 165. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. Thusc. lit. P. concl. 547. num. 7. Ceuallos in speculo pract. q. 173. num. 9. Azeuedus in l. 6. num. 15. & 16. tit. 19. lib. 4. Recop. Caraunta ad Ritum 167. numer. 3. Rodriguez tract. de execut. cap. 6. num. 61. Hauia Volaño in Curia Philippica, 2. par. §. 1. num. 8. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 38. Scaccia de commercijs, d. glos. 7. num. 3.*

3 Huius autem specialitatis in hoc præscriptionis genere duas rationes assignant Doctores. Primam generalem, quoniam hic multa tollitur actio, aut ius creditori competens principaliter, sed solum punitur negligentia creditoris in agendo, amissione iuris exequendi, ne qui tamdiu tacuit, possit tam breuiter debitum consequi, quàm consequeretur, si suis rebus diligenter inuigilans egisset via executiua; patet tamen illi via ordinaria, qua post amissam executiuam poterit agere, & sibi debitum consequi vt egregiè notat *Baldus in l. planè 3. ff. quod falso tutor. author. Cremēsis singulari 41. Canarius de executione instrum. q. 59. num. 95. Thusc. d. conclus. 547. num. 8.* Quo fit, vt mala fides huic præscriptioni non noceat, qua nihil alienum acquiritur, sed negligenti in negligentiæ pœnam aufertur celeritas in agendo, quam tarditate sua libens videtur amisisse, cùm sciret, vim executiuam determinato solum tempore durare, & nisi festinaret amissurum, saluo tamen illi iure agendi via ordinaria, vt animaduertit *Rodericus Suarez in leg. post rem iudicatam, in declaratione legis Regni, limit. 6. num. 2. Didac. Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, glos. 1. col. 1092. vers. Dubitatur præterea. Paz in praxi, 1. tom. 4. part. cap. 3. num. 12. & 13.*

4 Secunda ratio est specialis, quæ magis cadit in vim executi-

cutiuam e concessam instrumentis per statuta, quia creditor, qui in agendo assumit pro se adminiculum statuti, & sic executionem paratam inductam temporaliter à statuto, debet etiam acceptare contra se exceptionem prouenientem ex eodem statuto. Nam cùm quis vtitur adminiculo statuti, debet vti cum sua causa, & suis vitijs, & sic in totum, *vt in l. Pomponius 13. §. Cùm quis vtitur, ff. de acquir. posses. leg. Caius 23. ff. de manumission.* Hac ratione vtitur *Philipp. Francus*, qui pro ea refert *Innocentium, Bartol. Baldus, Imolam, Ancharranum Philippum* autem *in d. cap. posseßor, num. 10. & 11. de regul. iur. in 6.* Sequuntur *Didacus Perez in l. 3. tit. 13. libr. 3. Ordinam. gloß. 1. col. 1233. verſ. Præterea, & ſecundo, Auendañ. de exequend. mand. 2. p. cap. 30. num. 12. §. Commodum autem, Paz in prax. 1. tom. 4. par. d. cap. 3. num. 11.* & alij ex enumeratis *sup. num. 2.*

5 De iure Castellæ quantum ad præscriptionem actionum, & viæ executiuæ aliter statuitur *in l. 63. Tauri*, quæ hodie est *l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop.* Nam iuxta illam iuri exequendi ex obligatione personali præscribitur decennio, intellige ex obligatione personali guarentigia, vt in eiusdem legis prima parte agatur de præscriptione viæ executiuæ ex instrumento guarentigio. Et ad prædictam legem notant Scriptores Hispani, *Castillo Ioannes Lupus, Cifuentes, Gomez Arias, Roderic. Suarez in l. post rem iudicatam, in declaratione legis Regni, limit. 6. ex num. 1. Couarru. in relect. cap. posseſsor. de reg. iur. in 6. 2. par. §. 11. ex num. 2. §. Supereſt modo, Menchaca de ſucceßionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 31. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 3. ex numer. 11. Gutierrez in repetit. l. nemo poteſt. num. 205. & num. 480. ff. de leg. 1. & lib. 1. practicar. quæſt. 90. numer. 7. Barboſa in l. ſicut 3. num. 160. & 161. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Valenzuela, conſ. 21. num. 1. Volano in Curia Philippica, 2. par. §. 1. num. 5. & 6. Villadiego in Polit. cap. 2. ex num. 34.* Quam prædictæ legis conclusionem, quinque ampliationibus extendit *Azeuedus ad prædictam l. 6. ex numer. 3. ad 13.* & multis modis limitat *ex nu. 25. ad 38.* limitat etiam *Parlador. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 13. Ioannes Lupus in d. leg. 63. Tauri, ex numer. 18. Auiles in cap. 10. Pratorum, verb. Execution, num. 69.*

6 Cùmque lex illa nihil disponat circa ius executiuum ex actione reali descendens, relinquetur ea res tanquam omissa sub dispositione iuris communis, *l. commodiſsimè 10. ff. de liber. & poſthum leg. ſi extraneus 6. ff. de condict. ob. cauſ. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat. cap. ſuſceptum. 6. de reſcrip. in 6. Barboſ. in l. ſi cum dotem 23. ex num. 17. ff. ſolut. mat. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 19. ex numer. 4. Castillo quotid. controu. lib. 4. cap. 15.* Ac per consequens ius executiuum ex actione reali præscribetur spatio triginta annorum, quemadmodum diximus *num. 1.* præscribi ius executiuum de iure communi. Idque adnotarunt *Dueñas regula 6. limit. 1. Auend. de exeq. mandat. 2. par. cap. 30. num. 13. verſ. Sed aduert. cum ſeqq. Parlador. d. §. 13. numer. 9. Barboſa in dict. l. ſicut 3. numer. 166. Cod. de præſcrip. 30. vel 40. annor.*

7 Quòd actiones verò, eadem lege statuitur, vt actio personalis, & executoria emanata super ipsa, id est vis executiua sententię transactę in rem iudicatam latæ super obligatione personali, duret per viginti annos, & eo temporis spatio præscribatur. Hunc autem esse istorum verborum sensum, ex eo probatur, quod Hispanè non vocamus executoriam, nisi literas executoriales, expeditas vigore sententiæ: non verò illas, quæ expediuntur virtute instrumenti publici, & guarentigij, quas vocamus mandatum executiuum, deinde statuit prædicta lex, vt ibi obligatio sit personalis cum hypotheca, aut vbi obligatio est mixta personalis, & realis, actio, & debitum ex ipsa præscribantur spatio triginta annorum.

8 Itaque in prima parte *d. l. 63.* agitur de iure executiuo ex instrumento guarentigio, in secunda de iure executiuo ex sententia lata super actione personali, & ipsa personali actione, quod video apertius omnibus animaduertisse *Anton. Gomez in d. l. 63. Tauri, in princip.* in qua eadem sententia videntur fuisse *Ioannes Lupus in eadem l. 63. num. 35. & 37. Couarr. in cap. poſſeſſor. de reg. iur. in 6. 2. par. §. 11. num. 2.* quamuis dubius *Barboſa in l. ſicut. 3. num. 167. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor. Molin. de iuſtit. tract. 2. diſp. 7 1. n. 2. tom. 1.* ego tetigi *titul. 1. diſp. 2. quæſt. 7. ſect. 3. num. 921.*

9 Ex quo vendit reijcienda sententia aliorum, qui ita interpretantur prædictam *legem 63. Tauri*, vt in prima parte significet, vim executiuam siuè ex instrumento, siuè ex sententia, spatio decem annorum extingui, in secunda verò parte significet actionem personalem ipsam spatio viginti annorum præscribi, qua si in posteriori decennio moneat quidam actio verùm sine vi executiua, & spatium primorum decem annorum quo vis executiua durat, superadito posteriori decennio facit numerum, & spatium annorum viginti. In qua sententia fuerunt *Castillo in d. leg. 63. Tauri, de verbum, La accion perſonal, verſ. Vel melius, Didacus Perez in l. 3. titul. 13. lib. 3. Ordinamenti, gloſſa 1. col. 1234. verſ. Eſt deinceps, Azeuedus in l. 6. num. 42. tit. 15. lib. 4. Recopil. Parladorius lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 14. num. 1.* qui dicit, omnes Hispanos Scriptores sic sentire, præter vnum Antonium Gomez.

10 Ego verò, vt dixi, Antonij Gomezij opinionem magis probo, qui legem Tauri prædictam planè, & simpliciter interpretatur iuxta clarum, & expeditum verborũ sensum, nulla vt illata literæ, quam planè inferunt Authores ab Antonio discedentes, qui legis sensum per tortuosas ambages circumducunt. Audiamus verba legis in duobus prioribus partibus: *El derecho de executar por obligacion perſonal, ſe preſcriba por dies año, Y là accion perſonal y la executoria dada ſobre ella ſe preſcriba por veinte anos, y no menos.* Si solum de præscriptione actionis personalis ageretur in prædicta secunda legis parte contenta in dicto versiculo, *Y la accion perſonal, &c.* & non etiam de præscriptione iuris executiui ex sententia super actione personali, cur executoriam commemorauit, cùm de præscriptione iuris executiui ex actione personali in legis initio mentionem fecisse? Negari non potest, qui verba illa, *Y la executoria dada ſobre ella*, otiosè, & superfluè essent dicta. Neque solum superfluè, & inutiliter, sed noxie, vt confunderent, & intricarent omninoque ambiguum redderent sensum sequentis orationis. *Se preſcriba por veinte anos, y no menos*: si lex ità esset interpretanda, vt tempus viginti annorum diuideretur in duo denaria, alterum, in quo præscriberetur vis executiua, alterum, quo adiecto, & superaddicto ad primum præscriberetur actio.

11 Item secundò, quoniam illud verbum, *Se preſcriba por veinte anos, y no menos*, est vna determinatio respiciens plura determinabilia, videlicet adijcitur duobus verbis substantibus præcedentibus, *La accion perſonal, y la executoria dada ſobre ella.* Ergo debet illa pariformiter determinare, *l. iam hoc iure 4. verſicul Sed ſi alter, ff. de vulgari, & ibi Bart. & in l. Lucius 45 num. 8. per textum ibi, ff. eodem leg. ſi legatarius 8. §. Cum ita*, & ibi idem *Bart. ff. de legat. 3. l. quamuis 4. C. de impuber. & alijs ſubſtit. Matienzus in l. 2. titul. 9. libr. 5. Recopil. gloſſa 3 numer. 3. Marcus Anton. Eugenius conſil. 48. num. 7. lib. 1. Valenzuel. conſ. 83. nu. 138. & 139. lib. 1.* Incongruum enim erit, vt dum verbum appeli-

pellicatur actioni, intelligatur de toto tempore viginti annorum, dum verò executoriæ, intelligatur de solo decennio, cum duo illa nomina *actio & executoria*, coniuncta sint per copulam, & quæ equaliter copulat, & significat ... esse de vno, quod de altero ex copulatis, *l. si ... Titio 110. ff. de verbor. oblig. l. reos 11. §. Cum tamen ... duobus reis, l. si hæredi plures 5. ff. de condit. inst. ... de Sole in compend. propositionum iuris, verb. Copula, ... singulari 50. num. 8. August. Barbosa tract. de di... sequentibus, dictione 110 num. 9. Menoch. cons. ... 10. lib. 2.* Accedat, quòd ita intelligentibus, & ... prædictā legem occurit oppositissimum ... proportionatissimum inter iura exequendi. ... ex actione personali contenta in publico instrumēto guarentigio ius exequendi durat decem annis: ex ...entia super actione personali, viginti: ex sententia super actione reali, vel mixta, triginta, iuxta dicta *sup. num. 6.* & iuxta ius commune, & tradita à Doctoribus, quos retuli, *num. 1.* Igitur Antonij Gomez, & Petri Barbosæ expositio rationabilior est, & proinde amplectenda.

12 De iure Neapolitano præscribitur iuri liquidandi via Ritus, quod inest instrumento publico iurato (qui est quidam modus exequendi) spatio viginti annorum nam si ex die, quo venit dies solutionis, & quo potest instrumentum liquidari via Ritus, transacti fuerint anni viginti, & in illis non fuerit petita liquidatio, ex dicto instrumento non proceditur ad interrogationem, neque potest liquidari sed solum proceditur via ordinaria præsentato instrumento in vim probationis. Ita statuitur *in Ritu 167.* quem ibi explicat *Carauita*, ampliando, & limitando notat *Annibal Troysius num. 1. Scaglionum ad Ritum 166. num. 39. & 62. Tapia ad prædictum Ritum 167. libr. 3. Iuris Neapolitani Rubrica 45. fol. 242. & in Const. Duram & dirā num. 14. lib. 4. Iuris Neapolitani, Rubric. 19. Incertus Author. tract. de præsentando instrumento ad formam Ritus limit. 13. Francisc. Anton. de Iudice Roberto in practica super liquidat. consider. 2. num. 3.*

13 Iuri verò exequendi obligationem pęnes acta, quam habere paratam executionem dixi *supra tit. 2. disput. 8. num. 12.* præscribi spatio annorum decem sentit *Tapia in dict. Constit. Duram, & diram, numer. 14.* qui dicit, ita seruari *lib. 4. Iuris Neapolit. Rubr. 19.* Qui tamen loquitur ex capite, & nulla ratione, aut Doctores allegatis. *Ritus* enim 167. solum agit de iure liquidandi instrumentum, non de Iure exequendi obligationem poenes acta, aut alia instrumenta publica, Igitur quod attinet ad præscriptionem iuris exequendi prædicta instrumenta publica, & obligationes pęnes acta, relinquendum erit sub dispositione iuris communis: ac per consequens huic iuri exequendi virtute similium obligationum non præscribetur, nisi spatio triginta annorum, quo tempore diximus præscribi iuri exequendi virtute sententiarum *supra numer. 1.* quibus æquiparata sunt instrumenta, iuxta notat *sup. tit. 2. disp. 7. num. 9.* & alibi sępè, & notat *Galterius in practica instrumentorum, 1. p. primæ partis, Rubr. 1. num. 17.*

14 Illud tamen verum est, si executio obligationis pęnès acta non fuerit petita intrà spatium annorum decem, amitti quidem modum faciendæ executionis; non tamē viam executiuam. Nam petita executione intrà decem annos a die stipulatæ, vel purificatæ obligationis pęnes acta, seu (vt clarius loquar) à die quo debet fieri solutio, expediuntur virtute illius litteræ executoriales contra debitorem absque citatione aliqua, vt statuit *Ritus 128.* & ibi notat *Carauita nu. 1. & ad Ritum 262. num. 11. Francis. decis. 158. num. 8. cum seqq. Galterius in pract. instrumentar. 1. parte Rubr. 2. num. 44. & 3. par principal. Rubric. 2. nu. 4. Galupp. in prax. S. C. 2. p. cap. 21. nu. 32.* Si verò transierint anni decem post stipulatam, & purificatam obligationem pęnes acta, seu à die, quo debet fieri solutio, & virtute illius non sit petita executio, cum postea petitur, non expediuntur literæ executoriales absque citatione, sed citandus est debitor ad dicendum causam, quare obligatio non sit exequenda, Quòd si debitor nullam reddat congruam rationem, cur non sit executioni mandanda, proceditur ad ius executionem, ita notat *Carauita ad Ritum prædictum 128. num. 3. vers. Secundus casus, Galterius in practica instrumentorum, 1. part. primę partis, Rubr. 2. nu. 45. & 3. part. principal. Rubr. 2. num. 8. Franciscus Antonius de Iudice Roberto in practica de liquidationibus, consideration. 2. num. 3. vers. Et in hac fallentia.* Quam praxim dicit ortam ex antiqua consuetudine seruata in Magna Curia Vicariæ, de ea tamen obseruantia nullum reperiri Ritum scriptum. Docuerat *Afflictus in Constitut. Dilationes, numer. 31. lib. 2. Rubr. 17.* Ex qua diuersitate in modo exequendi orta est opinatio Regentis Caroli de Tapia in prædicto loco verùm omninò falsum est, vim executiuam obligationis apud acta amitti ex transcursu decem annorum.

15 Iuri exequendi instrumentum vigore pacti executiui præscribitur triginta annis, quemadmodum iuri exequendi sententiam. Quod planè tradit *Carauit.* ita intelligendus ad *Ritus 167. num. 32.* quem sequitur *Duardus de censibus, §. 5. quæst. 34. num. 71.* sentit *Colerus de processib. executiuis, 4. part. cap. 1. nu. 92. Scaccia de commercijs. §. 7. glossa 7. num. 2. Antonius Gomz in l. 63. Tauri, num. 1. Hector Capicius Latro decis. 58. nu. 14. & 15.* Et ratio est, quia instrumentum æquiparatur sententiæ, vt sæpius diximus, Et quia executio, ista expeditur officio iudicis, vt dixi *tit. 1. disputat. 7. num. 5. & 28.* cui non nisi spatio triginta annorum præscribitur, *Balb. de præscriptionib. 4. par. 4. principal. quæst. 30. & quæst. 31. Tiraquellus de retract. lignagier, §. 35. gloss. 4. num. 41. Afflict. decis. 245. num. 12. & 13. Couarruu. in regula possess. par. 3. §. 3. num. 4. vers. Quartò ad notandum.*

16 Occurrit hoc loco examinanda quæstio tam frequens, quàm controuersa, vtrum iuri exequendi instrumentum guarentigium census, seu annui reditus, vel alterius obligationis annuæ, ob transcursum temporis, quo non sit petita executio, vel liquidatio ob reditus vltra decem annos decursos, non solutos, iuxta ius Castellæ, aut vltra viginti iuxta ius Neapolitanum, sic præscribatur, vt maneat extincta via executiua, non solum pro reditibus decursis vltra decennium, vel viginti annos, sed etiam pro decurrendis, ita vt virtute talis instrumenti censualis amplius exerceri non possit.

17 Non nulli affirmant, præscribi ius executiuum in instrumēto contractus census per transcursum tēporis legitimi, quo executiuo pro reditibus decursis petita non sit, non solum quoad sit decursos, sed etiam quad decurrendos in futurum: ita vt ex eo instrumento non possit amplius agi via executiua, sed solum ordinaria, præsentato instrumēto ad effectum probationis. Agnoscunt sic sentientes discrimen inter præscriptionem viæ executiuæ instrumenti contractus annui, & præscriptionem viæ executiuæ legati annui. Nam in illo vnica præscriptione tollitur ius executiuum pro omnibus annis, qui vna dūtaxat est obligatio at in legato annuo tot præscriptiones requiruntur, quod sunt anni, quia tot sunt legata, quod anni, *l. si in singulos 4. l. cùm inanos 11. ff. de annuis legat.* Ac proinde quantumuis pro legato annuo non sit petita executio spatio decem annorum, non censebitur in totum pręscrip-

ta

tæ via executiua, sed pro nouem proximis annis poterit peti atque item pro futuris. Ita sentit *Parladorius lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 12. ex num. 5. & §. 13. ex num. 7.* qui pro sua sententia vltrà Glossam, & Doctores antiquos refert, *Balbum de præscription. part. 4. 4. partis principalis, q. 4. Boer. decis. 326. & Anton. Gomez tom. 2. var. c. 11. n. 45.* Isti tamen Doctores non loquuntur de præscriptione viæ executiuæ, sed de præscriptione actionis pro annua præstatione. Parladorium tamen sequuntur *Hauia Volano in Curia Philippica, 2. par. §. 1. num. 7. & Villadiego in Politica cap. 2. nu. 36. cum seq.* Et pro hac sententia referri possunt *Follerius in prax. censuali, verb. Tanquam res iudicatas, num. 37. Caraualla ad Ritum 167. num. 32. Duardus de censibus, §. 5. quæst. 34. num. 71. & 72.* dum vniuersim negant instrumento censuali virtutem liquidationis post lapsum viginti annorum, non distinguentis reditus decursos à decurrendis. Fundamentum Parladorij, & reliquorum non est aliud, quàm traditio prædictorum Doctorum circa præscriptionem actionum, ex qua ducit argumentum ad præscriptionem viæ executiuæ.

18 Contrariam tamen sententiam quinimò in istis instrumentis annorum redituum non præscribi viam executiuā ex lapsu, & transcursu temporis legitimi ad eam præscribendam, quoad reditus decurrendos in futurum, aut decursos citrà decennium à nouem annis proximè præteritis: sed solum quoad reditus decursos in præteritum vltrà decennium amplectuntur *Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. numer. 15. Felicianus de censibus tom. 1. lib. 3. cap. 1. numer. 7. Gutierez lib. 1. practicar. q. 90. num. 5. Gaspar. Roderic. de annuis reditibus, lib. 2. q. 9. num. 69. Auendanus de censib. cap. 103. num. 8. Constantius Pap. in additione ad Caranitam, Rit. 167. n. 32.* Quę sententia communis est, & magis vsu recepta, vt prędicti testantur. Ratio est, quia in obligationibus annuis, seu ex contractu, seu ex vltima voluntate, tempus pręscriptionis non est computandum ab exordio obligationis, sed ab initio cuiuslibet anni, vt expressè statuitur *in d. l. cùm notissimi, §. Illud autem, C. de prescript. 30. vel 40. ann.* & eleganter notat *Palac. Rub. in d. l. 63. Taur. num. 14.* exemplo actionis ex contractu dotali, nam constāte matrimonio non incipit præscriptio actionis dotalis, donec extra efficaciter agi potest. Ergo cùm petitur executio transacto decennio pro solis nouem annis non poterit esse præscripta via executiua, quoad reditus prędicti nouenij, quę transcursum decem integrorum annorum requirit. Idque ex eo prouenit quoniam cùm ex vi contractus redditus non possint exigi, nisi transacto anno non ante, pendente dilatione conuentionali præscriptio non procedit, quę non currit contra impeditum agere, *l. 1. §. vltimo, C. de annal. exception. dict. leg. cùm notissimi, §. Illud autem, l. in rebus 30. C. de iur. dot. Auth. nisi tricenale, C. de bon. matern. l. cùm sex 55. ff. de adilitio edicto, cap. vltimo, de elect. cap. quia diuersitatem, de concess. Præbend. Baldus de prescript. 1. part. 6. principalis, ex num. 17. Gregorius in leg. 7. tit. 6. part. 6. gloss. 3. Couarr. 1. Variar. cap. 8. Palac. Rubios in d. l. 63. Tauri, num. 15. & 16. Azeued. in l. 6. num. 25. tit. 15. lib. 4. Recop. Thusc. lit. P. conc. 525. Ricciuscollect. an. 155. ampliat. 7. Pinellus in Auth. nisi tricenale, ex num. 42. C. de bonis matern.*

19 Ad fundamentum Parladorij respondendum est, quāuis verum sit discrimen illud consideratum à Doctoribus inter obligationem annuam, & annuum legatum, vt pluribus prosequitur *Petrus Barbosa,* qui refert omnes *in l. 2. ex num. 121. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* nihil facere ad id, de quo agimus. Nam siue vna, siue diuersis præscriptionibus opus sit ad viam executiuam præscribēdam, semper tamen est necessarium, integrum decenniū transire ad præscriptionem viæ executiuæ pro præstationibus; ex eo tempore, quo agi potest efficaciter pro illis consequendis: neque ex eo, quòd præscripta sit via executiua pro vna præstatione vnius anni colligitur, esse præscripta quoad cæteras, pro quibus nondum agi potuit, ideò in *d. §. Illud autem,* obligationes annuæ, tam ex contractu quàm ex legato, æquiparantur quoad præscriptionem.

20 Quo verò tempore opus sit ad præscribendum annuis præstationibus, quoad substantiam actionis, ita vt deinceps pro illis non solum via executiua, sed neque ordinaria agi possit, quod præsentis instituti non est, tractant Doctores iuxta *textum ibi in d. l. cùm notissimi, §. Illud, C. de præscript. 30. vel 40. annor. & Petr. Barbosa* latè *in d. l. 2. ex numer. 123. C. eodem Balb. de præscriptionib. 4. par. 4. principalis, quæst. 4. Mynsingerius singularum obseruat. cent. 3. obseruat. 13. Fachineus controuers. iur. lib. 8. cap. 99. Spino in Speculo testamentor. glossa 8. ex num. 65. Craueta de antiquitate tempor. 4. part. §. 4. materia ista, num. 34. vers. Vigesimo quarto, Cappela Tolosana decis. 343. Guido Papa decis. 406. Anton. Gomez tomo 2. variar. cap. 11. num. 45. Felicianus de censibus, tom. 2. lib. 4. cap. vnico, num. 14. Gasp. Rodericus de annuis reddit. lib. 1. quæst. 17. ex num. 3. & post ex num. 100. & lib. 2. quæst. 9. Auendanus de censibus Hispan. capit. 103. 104. & 105. Federicus Martini de iure censuum, capit. 5. ex numer. 78.* qui optimè rem tractat, *Ludouicus Cenc. de censib. p. 3. cap. 1. q. 8. art. 1. & 2. Camil. de Medic. cons. 131. num. 14. & 15. Cenal. in specul. practic. q. 567. Duard. de censibus tom. 2. §. 5. q. 34.* amicus & collega noster *D. Francisc. Merlin.* doctissimus, & accurratissimus *controuersiarum forensium, centur. 1. cap. 44. ex nu. 1. & omnino vide Cumanum cons. 149. num. 1. & Addentes ad Iulium Clarum in §. emphyteusis, q. 7.* Qua in re oportet adnotare, cum præscriptum fuerit iuri exigendi annuas præstationes per transcursum temporis legitimi, & acquisita ab eo onere libertas, præscriptum quoque censeri debere viæ executiuæ, tā quoad præteritas, quàm quoad futuras præstationes, vt planè significat *Cynus in d. l. cùm notissimi, §. in his etiam promissionibus, ver. Tertiò quæritur, Cod. de prescript. 30. vel 40. annor.* & apertè probat *textus in l. vltima, in fin. C. de edicto D. Adrian. toll.* Quoniam vbi perimitur actio perire quoque debet, & perimi modus agendi; accessorium enim sequitur naturam principalis, *l. 2. ff. de peculio legato, regula accessorium 42. de regul. iur. in 6. August. Barb. axiomate 4. ex numer. 1.* & vbi non potest agi via ordinaria, maiori ratione non poterit agi via executiua. Nam accidens non potest manere sine substantia, aut qualitas, sine subiecto. *Sebastianus Medices tom. 2. tract. de regul. iur. reg. 6. numer. 1. & numer. 5. & numer. 92.* & non entis nullæ sunt qualitates, *Leius qui in prouinc. 41. vers. Quoniam tunc, ff. si cert. petat. & August. Barbosa axiomate 5. num. 1. & Axiomate 162. num. 1. & Axiomate 196. ex num. 1.* Atque hæc est ratio, cur præscripta via executiua in præteritis pensionibus, remaneat tamen salua quoad futuras. Quoniam, in quam dum ad futuras salua manet actio, remanet quoque modus agendi. Præscripta tamen plene actione quoad præteritas, & futuras, neq; actio, nec per consequens modus agendi remaneat, necesse est.

21 Hæc autem præscriptio viæ executiuæ interrumpi solet, quemadmodum, & aliæ præscriptiones, atque item ipsa via executiua perpetuari, quemadmodum cęterę actiones perpetuantur. Et autem magnum discrimen inter interruptionem præscriptionis, & perpetuationem actionis, quemadmodum adnotarunt *Balbus tract.* de

de præscriptionib. 3. part. 6. principalis, ex num. 1. & 4. par. 6. quæst. 1. num. 1. & Petrus Barbosa in l. fin. numer. 2. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. Nam interruptio non est aliud, quam impedimentum, ne cœpta præscriptio currat, & vlterius procedat. Ac proinde facit rumpi inchoatam præscriptionem, ita vt de nouo ex integro debeat inchoari à tempore interruptionis, & erit necessarius idem cursus temporis ad eam perficiendam, qui primò requirebatur. Notat *Felinus in cap. illud 8. nu. 10. post Abbatem ibi, de præscript. Ias. in l. ex hoc edicto 3. numer. 3. ff. de eo per quem factum erit.* Perpetuatio autem prorogat vitam actionis mediante litis contestatione, & facit actionem, quæ erat breuis vitæ, vel durabat trigiota annis, aut minori tempore reddi perpetuam, id est extendi vsque ad quadraginta annos, *l. vltim. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. l. 1. §. Exceptio, C. de annal. except. c. placuit 15. §. Hæc de præsc. 16. q. 3.* Animaduerte *gloss. in d. leg. cùm notissimi in princ. verb. Solam, Imola in l. naturaliter 5. nu. 5. & ibi Paul. num. 4. & 5. ff. de vsucap. Iason, in l. nam postea 9. §. Si is qui temporali, num. 1. & 2. ff. de iure iurand. & in l. 1. numer. 7. C. quando libellus Principi datus, Parlad. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 14. ex num. 6.* Igitur quod ad nostrum institutum pertinet, nonnunquam interrumpitur præscriptio viæ executiuæ, ita vt desinat eius præscriptio currere, & ex cõputatis annis ante interruptionem lapsis, debeat necessario de nouo inchoari. Nonnunquam verò via executiua perpetuatur, ita vt duret per quadraginta annos. Declarandum est ergo, quando, & per quos actus interrumpatur præscriptio iuris exequendi, & per quos actus perpetuetur.

22 Quod attinet ad actiones ordinarias certum est, præscriptionem earum interrumpi duobus modis, aut, inquam, naturaliter, aut ciuiliter. Interruptio naturalis præscriptionis prouenit ex defectu alicuius ex requisitis ad præscriptionem, videlicet aut possessionis aut tituli, aut bonæ fidei, aut alicuius alterius. Interruptio ciuilis cõtingit, quando nihil deficit de naturalibus, & substãtialibus ad præscriptionem necessarijs, sed celebratur aliquis actus, qui de iure ciuili interrumpit, & impedit præscriptionem. Quantum verò ad interruptionem ciuilem, distinguendum est triplex præscriptionis genus, iuxta doctrinam *Bartoli in d. l. naturaliter, numer. 1. & 2. Dyni in regula possessor, ex num. 10. de regul. iur. in 6. Panormitani in d. cap. illud 8. num. 11. de præscription. Antonij de Butrio ibidem, num. 7. Felini ex num. 2. Francisci Balbi tractat. de præscriptionibus 3. par. 6. principalis, quæst. 4. ex num. 3.* Primum est merè fauorabilium, vt est vsucapio, quæ causatur ex triennali possessione: quæ introducta est in fauorem possidentis. Secundum est præscriptionem merè odiosarum, vt sunt præscriptiones triginta annorum introductæ in pœnam, & odium negligentius agere. Tertium genus est præscriptionum mixtarum, quæ partim in fauorem possidentium, partim in odium negligentium sunt introductæ, vt est præscriptio decem, vel viginti annorum. Eiusdem distinctionis meminit glossa notatu digna *in l. vltima, in fin. verb. Ex vna parte, & verb. Ex vtroque, C. de edicto D. Adriano tollend.* & iterum *Balbus de præscript. 2. par. q. 1. ex num. 1. Couarruuias in relect. cap. possessor. de reg. iur. in 6. 2. par. §. 12. num. 4. item additio ad gloss. in l. sicut 3. §. quæ ergo, verb. Per executorem, C. de præscrip. 30. vel 40. annor. Guido Papæ decis. 416. ex num. 2. Gregor. Lopez in leg. 29. tit. 30. p. 3. glos. 3.* Præscriptio merè fauorabilis non interrumpitur, etiam per litis contestationem, nisi quoad effectum, quia pendente iudicio currit vsucapio, vt explicant prædicti Doctores, & in specie *Balbus d. 3. part. 6. quæst. 4. num. 31.* Præscriptio merè odiosa interrumpitur per solam citationem iudicis competentis, iuxta *textum in d. l. cùm notissimi in princip. & in §. imò, C. de præscrip. 30. vel 40. annor. & in §. hæc de præscriptionibus 16. quæst. 3.* Quam conclusionem amplia *Balbus d. 3. part. 6. quæst. 4. ex nu. 9.* & limitat ex *numer. 20.* Præscriptio mixta interrumpitur litis contestatione vera facta coram iudice legitimo, & competenti, vel contestatione ficta: id est quandocunque lis habetur pro contestata; vt si per reum staret, quominus lis contestaretur, vt prosequitur *Balbus d. 3. par. 6. q. 4. ex num. 32.* & docuit *Iason in l. ex hoc edicto 3. num. 14. ff. de eo, per quem factum erit, Felin. in d. capit. illud, num. 11. vers. Prima conclusio, de præscriptiõn.* & probat *text. in l. si cum 10. §. Qui iniuriarum, in fin. ff. si quis cautionib.* Confirmat hanc conclusionem *Gratianus in d. §. hæc de præscriptionibus decennij, & ibi gloss. verb. Interrupta 16. quæst. 3. & textus in l. more 26. C. de rei vendicat.* notat *Panorm. in d. cap. illud num. 14.* latiùs prosequuntur Doctores in locis præallegatis *Iason. in l. ex hoc edicto 3. ex numer. 5. post. Bart. ibi, ff. de eo, per quem factum erit.*

23 Quoad id, de quo agimus, certissimum est, præscriptionem viæ executiuæ ex dispositione statutorum vel iuris monicipalis, seu Regij, esse merè odiosam introductam in pœnam, & odium creditoris negligentis, & differentis agere contra debitorem, vt docet *Bart. in l. 2. §. Si rem alienam, num. 2. ff. pro emptore, & cons. 36. statuto Ciuitatis Assysij num. 2. Panormit. in d. cap. illud, numer. 12. Alexand. in d. l. ex hoc edicto 3. num. 9. Iason num. 5. & 6. ff. de eo, per quem factum erit, Balbus d. 3. p. 6. principal. quæst. 4. num. 20.* qui reddit optimas rationes. Ex quo consequens est, vt eiusmodi præscriptio interrumpenda sit per solam citationem, citrà litis contestationem, aut citra actum alium, qui habeatur loco litis contestationis, quod contingit in caosis summarijs, qualis est omnis causa executiua, vt adnotaui supra *tit. 2. disp. 4. num. 5. cum seqq.* in quibus cùm non reperiatur propriè litis contestatio, vt in iudicijs ordinarijs, reperitur tamen alius actus, qui habet vicem litis contestationis, vt explicauimus dicto loco, *numero 8.* Et in effectu hanc sententiam amplectitur *Couarr. in relect. cap. possessor, de regul. iur. in 6. in 2. par. §. 12. num. 4. vers. Quarta conclusio,* at per contumaciam rei, per quem stat ne fiat ista quasi litis contestatio, vt dixi *supra numer. præcedenti.*

24 Amplia prædictam resolutionem, vt præscriptio viæ executiuæ interrumpatur etiam per citationem realem, id est capturam rei debitoris legitimè factam. Nam citatio realis fortior est, & efficacior verbalis, vt dixi *supra tit. 1. disput. 2. q. 7. section. 3. ex num. 881. & 884.* Hanc ampliationem tradit *Iason in d. l. ex hoc edicto 3. num. 6. in fin. ff. de eo per quem fact. erit,* reprobato Baldo contrarium asferente, & Iasonem sequitur *Balbus vbi supra, 3. part. 6. principalis, quæst. 3. numer. 29. Castillo in l. 63. Tauri, verb. Diez anos, col. 6. vers. Secundo.*

25 An verò per alium actum citra citationem interrumpatur præscriptio viæ executiuæ, controuersum est. Nam quidam existimant, per solam petitionem executionis, & productionem instrumenti guarentigij coram iudice, interrumpi viam executiuam. Imò verò addunt, hanc petitionem, & productionem haberi loco litis contestationis, seu esse fictam litis contestationem, quæ operatur interruptionem præscriptionis viæ executiuæ. Huius sententiæ auctor videtur fuisse *Bartol. in l. si quis stipulatus 57. num. 4. ff. de solut.* quem ibi vno verbo sequutus est *Baldus nu. 1. Gomezius ius de Leon in sua Centuria, responso 82. Cifuentes in l. 63. Tauri, versiculo, Quintò dubitatur Azeuedus*

dus in leg. 6. numero 39. titul. 15. libr. 4. Recop. Bobadilla libro secundo, Politic. capit. 12, numer. 28, Valdes ad Roderic. Suarez in leg. post. rem. ff. de re iudic. notabili 2. §. Considera vltimo, ad numer. 3. Villadiego in Politic. capit. 2. numer. 40. Tapia ad Constitut. Duram, & diram, numer. 23. libro 4. Iur. Neapol. Rubr. 19.

26 Contraria tamen sententia quinimò non interumpi præscriptionem viæ executiuæ ex sola productione instrumenti executiui coram iudice, & petitionem executionis nisi accedat citatio, & prædictam petitionem executionis producto etiam instrumento nullo modo habere vim litis contestationis in via executiua, aut esse fictam contestationem, est verior. Quam amplectuntur *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro secundo quæstio 9. numer. 70. Valenzuela consilio 21. ex numer. secundo.* Et probatur primo. Quoniam vniuersim ad interrumpendam præscriptionem non sufficit sola libelli oblatio, nisi subsequatur citatio, *leg. sicut, §. quia ergo, versic. Nec sufficiat*, & ibi notat *Petrus Barbosa numer.* 233. qui plurimos allegat, *& num.* 241. *C. de præscrip. 30. vel 40. annor. Felin. in d. capit. illud 8. numer. 11. de præscript. Balbus vbi supra dict. 3. part. 6. quæstio 4. numer. 24. Guido Pap. decisione 416. numer. 3. & decision. 488. Ioann. Annibal. in repetit. leg. naturaliter, ex numer. 319. ff. de vsucapion. Gayl. obseruat. pract. libro 1. obseruat. 74. num. 20. Minsynger. obseru. centur. 4. obseruat. 26. num. 4.* Sed productio instrumenti guarentigij coram iudice, & petitio executionis solum est libelli oblatio, vt ex ipsis terminis constat, Ergo hæc non sufficit ad interrumpendam præscriptionem.

27 Secundò, quoniam per litis contestationem perpetuantur actiones, & earum vita extenditur vsque ad quadraginta annos, vt dixi *supra num.* 21. & docent communiter Doctores. Sed per productionem instrumenti non perpetuatur via executiua vsque ad quadraginta annos, nullus enim vnquam id somniauit, neque ipsi Authores, cum quibus disputamus. Ergo productio instrumenti, & petitio executionis non est ficta litis contestatio in iudicio executiuo.

28 Tertiò, quoniam in causis sumarij, & ipsa via executiua lis contestatur, cùm producuntur, oppositiones rei aduersus executionem, & reus sè executioni opponit, ei contradicens, vt docuit *Afflictis in Constitut. hac lege, numero 7. cum sequentibus, libro primo, Rubric.* 39. clarius *Foller. de censibus glossa qua quidem executio, numero 36. Milanensis decision. 20. numer. 24. & numer. 30. Cartarius de cis. 8. numero 8. Giurba decis. 10. numer. 5. Valenzuela dict. consil. 21. ex num. 6.* qui multos allegat, & vniuersim de causis summarijs dixi sequutus plurimos *supra tit. 2. disput. 4. num. 8.* haberet vim litis contestarionis primum illum actum, qui solet fieri, dum iudex incipit cognoscere de meritis causæ, qui operatur effectus litis contestationis quòad omnia, vt agnouit etiam *Balbus dicta 3. parte 6. principal. quæstio 4. num. 32. versic. Ex quo infero* Sed productio instrumenti, & petitio executionis præcedit oppositionem rei, & actum, & quo iudex incipit cognoscere de meritis causæ. Ergo non est ficta litis contestatio, neque habetur loco cõtestationis. Alioqui in omni causa executiua erit duplex litis contestatio, altera cum fit producto instrumenti, altera cùm reus se opponit exequutioni quod est absurdum.

29 Neque Doctoribus contrariam sententiam asserentibus suffragatur authoritas Bartoli, quam habent pro vnico fundamento, quam tamen inconsideratè sequuntur. Et si quando rectè cadit, oppositissimè nunc cadit quod dici solet) vt ego memini supra *titul. primo, disputatio 3. numero 20. circa finem*) solere Doctores tamquam aues volantes sine ratione ad anteriorum volatum moueri, vt generaliter de omnibus hominibus notat *Seneca libro de vita beata, cap.* 1. Et cidit quidem vnum verbum Bartolo, ex quo sunt seducti, verum subitò se correxit, & qui illum sequuti sunt, correctionis adhibite rationem non habuerunt in illa, *leg. si quis stipulatus* 57. *numer. 4. ff. de solution.* eius verba sunt: *Et per hanc solutionem dico, quòd in instrumentis confessionatis, & continentibus guarentigiam, quæ habent executionem paratam sicut sententia si ibi vnum venit in obligatione, aliud in solutione, durat facultas soluendi donec petatur executio illius instrumenti; vel magis propriè, donec fiat litis contestatio, vel quasi contestatio super illa executione.* Hæc Bartolus. Vbi neque vllum verbum de interruptione præscriptionis, sed solum de facultate soluendi in illo casu, in quo insinuauit durare vsque ad productionem instrumenti guarentigij, sed illicò corrigens se affirmauit, durare vsque ad contestationem executionis, planè agnoscens discrimen inter productionem instrumenti guarentigij, & contestationem super executione, quod magis facit contra quam pro contraria sententia. Quare non rectè notauit Baldus ibi, sensisse Bartolum, productionem instrumenti guarentigij habere vim litis contestationis, contrariũ enim magis colligitur ex verbis Bartoli.

30 Verum est tamen, istam resolutionem, quod productio instrumenti, & petitio executionis non sufficiat ad interrumpendam præscriptionem viæ executiuæ posse limitari eo casu, quo productio instrumenti fieret in iudicio contra reum præsentem, tunc enim non secus fieret interruptio præsciptionis, quàm fit per citationem. Quia tantum operatur præsentia partis in iudicio, quantum citatio, *legem etiam 29. §. Si hæreditate, ff. de minoribus*, vbi præsentia litigatoris, & euocatio iudicis, seu citatio æquiparantur. Docet *Baldus in l. 1. numer. secundo, ff. de in ius vocand.* ex cuius doctrina hanc limitationem tradit *Iason in dicta leg. prima, numero 2. & in leg. ex hoc edicto 3. numero 5. ff. de eo per quem fact. erit, Felinus in dict. capit. illud, numer. 8. de præscript. Balbus dict. 3. part. 6. principal. quæst. 4. numero 9. versic. Amplia 1. & Gaspar Roderic. de annuis reddit libro 2. quæst. 9. numer. 70.*

31 Ex quibus infertur. Primò, præscriptionem viæ executiuæ non interrumpi, nisi interueniat citatio rei ad executionẽ incipiendam, aut perficiendam, aut quasi citatio. Alios casus, quibus interrumpitur, vide apud *Castillo in l. 63. Tauri, verbo, Diezaños, colect. 6. ex versic. Quarto dictum est.*

32 Secundò, item viam ipsam executiuam perpetuari per actum illum, quia in via executiua habet vim litis contestationis, videlicet oppositionis rei contra executionem, & oppugnationis illius per propositionem suarum exceptionum, aut per contumatiam eius, quæ habetur loco litis contestationis, vt superius adnotauimus, *numero 22. in fin.* & notat *Balbus de præscription. 4. parte 6. princip. numero secundo, in fin. & Castillo in lege 63. Tauri, verb. Diezaños, colect. 6. versic. Tertiò interrumpitur.* Perpetuatur autem via executiua per actum istum vsque ad quadraginta annos more omnium actionum iuxta *textum in leg. vltima, Codicis de præscription. 30. vel 40. annor.* & ibi tradita à Doctoribus, & nouissimè à *Petro Barbosa ex numero primo*, docuit *Baldus dicta 4. parte 6. princip. ex numero primo, Rodericus Suarez in lege post rem, notabili 2. §. Considera vltimo, numero 3. & 4. ff. de re iud. Couarruuias in relect. capit. possessor, de regul. iur in 6.*

secunda parte §. 1 1. *numero* 6. & in specie loquens de via executiua *Pariadorius lib.* 1. *rerum quotidian. capit primo*, §. 13. *numero* 19. *Volano in Curia Philippica*, 2. *parte*, §. 1. *numero* 12. 13. & 14. *Villadiego in Politica*, *capit.* 2. *numero* 40.

SVMMA DISPVTATIONIS Quintæ.

1 PRo *obligatione virtuali*, & *tacita non posse mandari executioni instrumenta*, *qui senserint*.
Exempla obligationis virtualis, & *tacitæ*, *ib.*
2 *Sententia est stricti iuris*,
3 *Statutum de exequendis instrumenti est contra ius*.
4 *Statutum loquens de instrumento debet intelligi de eo quod immediate prouenit ex instrumento*.
5 *Instrumenta*, & *sententiæ executioni mandantur quoad ea*, *quæ tacitè continent*, *non solum pro expressis*.
6 *Discursus per exempla*, & *comprobatio*, & *num.* 7. 8. & 9.
10 *Patria sunt aliquid esse expressum* & *esse implicitè*, & *virtualiter contentum*.
11 *Sententiæ verba includunt sensum implicitum*.
12 *Statuta tribuentia vim executiuam instrumentis censentur concedere quoad implicitè contenta*, & *connexa cum expressis*.
13 *Ea*, *quæ instrumentum continent implicite*, & *virtualiter*, *prouenuunt ex ipso instrumento*.
14 *Testamentum solemne habet executionem paratam*, *vt hæres mittatur in possessionem bonorum defuncti*, *non solùm ratione substitutionis aut institutionis expressæ*, *sed etiam tacitæ contentæ in expressa*.
15 *Hæres*, *qui vocatur ad hæreditatem ex tacita substitutione dicitur scriptus in testamento*.
Scriptum dicitur quod ex scriptura percipitur, & *posse legi*, *quod ex vi verborum expressè scriptorum intelligitur sine extrinseca suppletione*, *ib.*
16 *Ex ostensione testamenti constat notoriè*, *quem esse tacitè substitutum*.
17 *Testamentum non habet paratam executionem quod ad substitutiones extensis*.
18 *Conditionum duo sunt genera*, *aliæ sunt necessariæ*, *aliæ voluntariæ*, & *earum discrimen quoad extensionem dispositionum sub ipsis factarum*.
19 *Ex verisimili*, & *coniecturata mente disponentis extenditur substitutio de vno casu ad alterum facta sub conditione*, *siue necessaria*, *siue voluntaria*.
Similes casus qui dicantur ib.
20 *Ratione substitutionis extensæ testamentum non habet paratam executionem*, & *ratio*, *ibi num.* 21.
22 *In maioratibus Hispaniæ ex l.* 45. *Tauri*, *testamentum habet paratam executionem ratione substitutionis extensæ*, & *discrimen inter illam*, & legem vltim. Codic. de edict. D.Adr. toll.

DISPVTATIO V.

Vtrùm sententiæ, & instrumenta habeant executionem paratam, non solum quoad expressa, sed etiam quoad obligationem tacitam in eius virtualiter contentam?

1 PRIMA sententia negat, sententias, aut instrumenta habentia paratam executionem ex statuto posse executioni mandari pro obligatione virtuali, & tacita in ipsius contenta, & ex ipsis resultante: sed solùm ait, habere paratam executionem pro expressè contentis, aut promissis, & pro expressa obligatione. Hanc amplectuntur *Baldus in l iuris gentium* 7. §. *quod ferè*, *ff. de pact.* & *in l. ab Anastasio* 23. *numer.* 4. *C. mandati*, *Alexand. Ias. Decius*, & *Oroscius*, *Butrius in capit. translato* 3. *numero* 8. *Imola*, & *idem Decius ibidem*, quos cum plurimis retuli supra, *eodem titulo*, *disput.* 3. *num.* 34. Quibus addo *Cancer. variar. resolut.* 2. *part. cap.* 3. *numer.* 87. & 88. Adducamus exempla, quo res planior fiat. Primò, demus sententiam declarare. Sempronium creditorem Titij, vel Titium debitorem Sempronij, sed non condemnare Titium ad soluendum Sempronio: non poterit executioni mandari contra Titium, vt soluat Sempronio Secundo, ponamus maritum facere instrumentum dotale, quo confiteatur, vel constet re ipsa, ipsum recepisse dotem, sed non obligasse se ad dotem restituendam: non poterit hoc instrumentum executioni mandari contra maritum, vt dotem restituat, quia hoc non est expressum in instrumento. Tertiò, similiter, si quis facit instrumentum, quod dicit, se recipere mutuam certam pecuniæ quantitatem, & vlteriùs non progreditur, obligens se ad restituendum mutum; non poterit executioni mandari, quò mutuum restituat. Quartum tandem exemplum, si se obligat quis ad factum, & non progreditur vlterius, vt se obliget in casu non faciendi ad interesse, non poterit hoc instrumentum executioni mandari quòad interesse, de quo vltimo exemplo egi supra *hoc tit. disp.* 3. *ex num.* 34.

2 Probatur hæc sententia. Primò, quoniam quo attinet ad sententiam, illa est stricti iuris, & eius verba strictè sunt capienda, & vbi cessant eius verba, cessat eius dispositio, *l. dies cautioni* 4. §. *toties*, *ff. de damn. infect.* & non comprehendunt ea, de quibus non fuit expressè actum; omissum enim in sententia habetur pro omisso *leg. Diui* 27. §. *Rectè*, *ff. de liber. causa*, *l. si à te* 9. *in princ. ff. de except. rei iud.* *l.* 1. *C. si plures vna sent.* *Bart. in l. Iulianus* 60. *num.* 5. *ff. de condict. indeb.* & *in l. si expressim.* 19. *num.* 2. *vers. Quandoque sententia prima*, *ff. de appell.* *Decius in l.* 1. *num.* 50. *ff. de officio eius cui mand.* *Roland.* 1. *Valle cons.* 79. *ex numero* 10. *vol.* 3. *Crauet. con.* 188. *num.* 6. *Menoch. cons.* 110. *ex num.* 13. *lib.* 2. *Surd. cons.* 189. *ex numer.* 37. *lib.* 2. *Cacherau. decis.* 64. *num.* 1. & 2. & post longam plurimorum allegationem tradidit *Thusc. lit. S. concl.* 126. *ex nu.* 57. *ad* 63. Ergo sententia non potest executioni mandari pro non expresso.

3 Secundò quoniam statutum de exequendis instrumentis est contra ius, *l. minor annis*, 25. *cui si de commiss.* 40. *ff. de minoribus*. Ergo debet strictè intelligi *l. quod verò* 14. *ff. de legib.* Notat *Bart.* & *DD. in l.* 3. §. *hæc verba*, *et* 2 *ff. de neg. gest.* Et consequenter eum statutum instrumento tribuat

buat vim executiuam, videtur loqui quantum ad id, de quo factum est instrumentum inter partes, & quoad solam partium conuentionem. Ac per consequens eum inter partes, non sit conuentum vltra expressa, vt in obligatione facti si nihil fuerit actum de interesse, non competit vis executiua pro interesse, quia illud prouenit ex dispositione legis non ex conuentione partiu, vt egregiè notat *Bart. in l. cum stipulatus sim. 113. numer. 4. ff. de verb. oblig. Decius in l. cum quid, in 1. lectura, num. 4. & in 2. lectura, num. 5. ff. si cert. pet.*

4 Tertiò, quoniam statutum dum loquitur de instrumento, debet intelligi de eo quod immediatè prouenit ex instrumento. Sed ea, quæ instrumento non exprimuntur, verbi gratia, inter esse, non debentur immediatè ex instrumento, quia de illis non est factum instrumentum. Ergo quoad illa non videtur statutum habere locum.

5 Secunda sententia verior, & à nobis amplectenda asserit tam sententiam, quam instrumenta posse executioni mandari, non solum pro expressis, sed etiam pro tacitis virtualiter contentis, & resultantibus ex sententia, aut instrumentis. Quare, vt discurramus per exempla proposita, in primo, sententia, quæ declarat Sempronium creditorem Titij in quantitate certa, vel Titium debitorem Sempronij, etiam si nihil aliud addat, potest simili modo executioni mandari contra Titium, ac si illū condemnasset ad soluendam prædictam certam quantitatem Sempronio. In secundo exemplo, instrumentum dotale, quo constat, maritum recepisse dotem, etiam si se non obliget vlteriùs ad eam restituendam, potest contra ipsum mandari executioni pro restitutione dotis. In tertio exemplo, instrumentum mutui, quo quis confitetur se recepisse pecuniam mutuam, etiamsi non obliget se expressè ad restitutionem, potest executioni mandari contra mutuatarium, non secus ac si se obligasset ad restituendum. In quarto exemplo obligatio ad factum potest executionem mandari pro interesse, vt latius probauimus supra *hoc titulo disputat. ex num. 35.*

6 Hanc sententiam, quod attinet ad primum exemplum, seu executionem sententię, probat *textus in leg. si cum tibi 4. C. de iudiciis*, quem ibi commendat Bart. & dicit, nescire se alibi ita clarè disponi. Item *textus in l. Pomponius 40. §. sed & is, qui in fin. ff. de procurat.* ibi: *Nam cùm iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse*, & *textus in l. si inter me, & te 15. ff. de except. rei iud.* ibi: *Quia eo ipso, quo meam esse pronunciatum est, ex diuerso pronuntiatum videtur, tuam non esse*, textus in *l. si quis rem 24. ff. eodem tit.* vbi possessor rei petente domino absolutus, si à possessione cadat, & ad dominum reuertatur, iuuat se ad obtinendum in hoc secundo iudicio exceptione iudicati resultante ex absolutione prima. Tandem *text. in leg. 1. §. sed non vtique, versic. Si autem pronunciauerit*, ibi: *Si autem pronuntiauerit, calumniatus es condemnauit eum, & quamuis nihil de pena subiecerit, tamen legis potestas aduersus eum exercebitur, ff. ad S.C. Turpillian. Sequuntur Angelus consil. 257. numer. 6. circa medium, vers. Superest autem videre, Crauetta consil. 7. numer. 4. Afflictis decis. 157. Surdus decisione 212. numer. 12. & 13. Magonius decis. Florentina 3. ex numero 19. Caccheranus decis. 64. numer. 3. & sequent. Rouitus decis. 60. Hippolytus de Marsilijs in Rubrica de fideiussoribus q. 25. numer. 219. Asinius in praxi iudiciorum, §. 31. cap. 2. ampliatio 2. Auilés in cap. 1. Pratorum, verb. Mandado numer. 17. Thuscus lit. E. concl. 491. num. 13. & litera S. conclus. 128. & conc. 129. numer. 16. Gratianus discept. forens. tom. 3. capit. 445. num. 26. & tomo 5. cap. 833. ex num. 28. Azeuedus in l. 22. nu. 9. tit. 6. libro 3. Recopil. Barbosa in Thomæ Carleualij de Iudicijs, Tom. II.* leg. si Prætor 75. in principio, numer. 1. post textum, & Bartol. ibi, ff. de iudic.*

7 Loquentes de secundo exemplo *Baldus in l. ad probationem 21. numero 3. Cod. de probationibus*, vbi dicit, se sic consuluisse, & fuisse primum consilium, quod dederit, *& in leg. prim. §. & vt plenius, in 6. per textum ibi. C. de rei vxor. action. Imola in l. 1. numer. 6. ff. de ijs, quæ in testam. Idem in l. cum acutissimi, num. 176. C. de fideicommiss. Canarius de execution. instrum. q. 29. nu. 64. Baldus Nouellus de dote, part. 6. priuileg. 2. numer. 10. Rodericus Suarez in l. post rem in declaratione legis Regni. §. secundò extende, num. 1. & 2. ff. de re iudicat. Anton. Gomez in leg. 64. Tauri num. 6. Menochio de adipiscend. poss. remed. 4. num. 125. Azeuedus in l. 1. nu. 11. tit. 21. lib. 4. Recopil. & n. 10. præcedenti*, loquitur generaliter de omnibus tacitè inclusis, & virtualiter contentis in contractibus. *Paz*, etiam generaliter loquens, & idem exemplum commemorans in *praxi, tomo 4. capit. 1. num. 13. & 14. Parladorius lib. 2. rerum quotidian. capit. fin. 1. part. §. 11. ampliat. 4. num. 10.* loquens in specie de hoc exemplo, & generaliter de omnibus *in tota illa ampliat. ex num. 18.* & quod ad hoc exemplum attinet probatur ex *text. in l. si duo patroni 13. §. Marcellus ff. de iure iurando.*

8 De tertio exemplo *Rodericus Suarez in d. §. secundo extende, num. 3. vers. Certe aliquam differentiam, Rodriguez de concursu, & priuilegijs creditorum 1. parte artic. 6. numero 43. Didacus Perez in leg. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, columna 1078. vers. Vtrum autem contractus, facit Baldus in l. contractus 17. num. 19. C. de fide instrument.*

9 Et loquentes de quarto exemplo Bartol. Baldus, *Romanus, Alexander, Felinus*, & quam plurimi alij, quos retuli, & sequutus sum supra *hoc titulo dispu. 3. nu. 35.* Vniuersimque instrumenta posse executioni mandari, etiam quoad tacitam, & virtualem obligationem in eis implicitè contentam, sentiunt *Imola in l. 1. num. 6. ff. de ijs, quæ in testam. delent. Franciscus Aretinus in leg. si in testamento 5. ff. de vulgar. & pupil. subst. Sapia in leg. vltima, numero 54. C. de edicto D. Adrian. tollend. Barzius tract. de guarentigijs, 1. part. quæst. 9. post medium, & quæstion. 10. & 11. Surdus decis. 254. num. 39. Magonius decis. Florentina, 3. num. 20. Pacianus de probationib.* qui latè tractat *libro 1. capit. 26. ex numer. 65. Ruginellus practicar. quæst. capit. 20.* qui examinat specificè, *Colerus de processib. executiuis, part. 2. capit. 3. ex num. 48. 7. Gratian. discept. forens. tom. 1. capit. 3. ex num. 46. & 47. & cap. 115. ex num. 27. & tom. 2. cap. 323. num. 9. & 11. & Hæuia Bolaño in Curia Philippica 2. part. §. 7. num. 4. Villadiego in Politica cap. 2. num. 17. Franchis decis. 325. Gallesius de obligatione camerali, quæst. 31. num. 12. & 13. & ad eum Zacchias numer. 10. & 16. Ceuallos in speculo practic. quæst. 246. Parladorius rerum quotidian. libr. 2. cap. fin. 1. par. §. 11. 4. ampliatione ex num. 18.*

10 Ratio est, quoniam paria sunt aliquid esse expressum, & explicitum, vel esse tacitè, & virtualiter contentum, implicitum, & sub intellectum in expresso, nam id etiam habetur pro expresso, & explicito, *l. tam hoc iure, 4. ff. de vulg. & pupill. subst. leg. cum quid 3. si certum petat. Decius cons. 15. num. 6. & cons. 68. num. 3. Crauetta cons. 149. nu. 11. Cephalus cons. 152. num. 76. lib. 2. Tiraquellus ad leges connubiales l. 16. gloss. 7. num. 179. Rodericus Suarez vbi supra, item Parladorius dict. num. 18. & 19. Giurba decisione 45. ex nu. 2.* Ergo tàm sententia, quàm instrumentum habent paratam executionem pro contentis implicitè, & virtualiter, quemadmodum pro expressis.

11 Ad argumenta adducta pro prima sententia respondetur. Ad primum, verisimilium esse, sententiam esse stricti

iuris, & cessare effectum eius, vbi cessant verba, verùm nihilominus sententiæ verba comprehendunt, & includuot sensum implicitum, qui venit in necessariam consequentiam expressorum, & quoad hunc sententia habet quoque suum effectum, quantumuis vis sit stricta, vt adnotarunt Doctores relati à nobis *supra num. 6.* & probant allegati textus.

12 Ad secundum statuta simpliciter tribuentia instrumentis vim execntiuam, quamuis strictè intelligenda, censentur eisdem vim executiuam, concedere, quoad ea etiam, quæ virtualiter, & implicitè continent, & sunt connexa cum expressis; nam ista etiam videntur expressa, & explicita. Præter quam, quod cùm contrahentes contrahunt, & conueniunt inter se, videntur se conformare cum dispositione legis, *leg. si duo 38. ff. de acquirenda hæredit. leg. hæredes mei 57. §. cùm ita, & ibi Ripa numero 75. ff. ad Trabell. Menochius libro 4. præsumption. 202. Pelaez de maioratibus 2. part. in initio, numer. 170. cum sequentibus, Barbosa in leg. si cum dotem 22. in principio, numero 50. circa medium, ff. soluto matrimonio, Thuscus litera A. concl. 151. Surdus cons. 42. numer. 6.* Ac per consequens circa, ea, quæ tacitè, & virtualiter resultant ex contractu, iuxta legis dispositionem, interuenit vtriusqoe consensus, & de illo censentur contra here, & facere instrumentum executiuum, quod possit executioni mandari pro omnibus in eo quomodolibet contentis.

13 Ad tertium dicendum est, ea, quæ instrumentum continet implicitè, & virtualiter prouenire ex ipso instrumento immediatè, qui ea censetur comprehendi in conuentione partium contenta in instrumento, & esse expressa in ipso instrumento conuentionis. Quare statutum tribuens instrumento vim executiuam, in iis omnibus locum, habet vt rectè notauit *Canarius de executione instrumentorum quæstione 29. numero 64. versiculo. Tu autem dicas, & numero 65.*

14 Ex prædictis infertur, testamentum solemne non rasum, non cancellatum, & quod in sui figura apparet, sine vllo vitio visibili, habere executionem paratam, vt hæres imitatur in possessionem bonorum, quæ defunctus tempore mortis habuit, *iuxta textum in l. edicto, vltima, C. de edicto D. Adrian. tollend.* & quæ ibi tradunt *Baldus numero 13. Alexander numero 3. Iason numero 6. Decius numero 16. versiculo 6. nota Sapia numero 16. Zucardus numero 103. & 135. Canarius de executione instrumentorum, quæstione 29. numero 65. Guillielmus Benedictus in capit. Raimuncius, verbo, Si absque liberis moreretur 2. numero 191. de testament. Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam, ff. de re iudicat. notabili 4. seu §. adde quartum, Didacus de Segura in repetit. l. si ex legati causa, ex numero 6. ff. de verborum obligat. Antonius Gomez in leg. 45. Tauri numero 134. & 135. Spino in speculo testamentorum gloss. 34. numero 35. Menochius de adipiscend. possess. remed. 4. ex numero 693. Achiles Personalis de adipiscenda possess. numer. 58. Parladorius libro 2. rerum quotidian. capit. fin. prima parte §. 9. ex num. 1. Villadiego in Politic. cap. 2. numero 18. Colerius de processibus executiuis, part. 3. capit. 1. num. 27. & cap. 2. num. 30. cum sequentibus, Rodriguez tractatu de executione, cap. 1. art. 4. ex num. 14. Iosephus Ludouicus decisione Perusin. 23. numero 6. et 24.* de iure Castellę *leg. 2. titulo 14. part. 6. vbi Gregorius ex glossa. 1. et leg. 3. titul. 13. libr. 4. Recopilation. et ibi Azeued. ex nu. 1.* Habere inquam, paratam executionem quoad prædictam immissionem, non solum ratione institutionis, aut substitutionis expressę, sed etiam virtute substitutionis tacitæ. Verbigratia, ratione substitutionis pupillaris tacitæ contentæ in vulgari, vel vulgaris tacitæ contentæ in pupillari, iuxta traditionem Doctorum per textum ibi, *in leg. iam hoc iure 4. vbi Bart. ff. de vulg. et pupill. subst. Meminerunt Anton. Gomez tomo 1. variarum capit. 3. numero 10. cum sequentibus, Franciscus Conanus commentariorum iuris ciuilis, libr. 10. capit. 8. ex num. 11. Zasius in tractatu substitutionum, capit. 1. vers. Sextus effectus est, & capite 2. vers. Secundi membri inuestigatio, Spino in speculo testament. glossa 22. ex num. 24. et glossa 23. ex numer. 19. Intriglialus de substitut. centur. 1. quæst. 12. cum sequentibus, et quæst. 37. et 39. cum sequentibus, et quæst. 84. cum sequentibus, et quæst. 92. cum sequentibus Mantica de coniectur. vltim. volunt. toto lib. 5. Fumæus tractat. de substitution. num. 15. & 16. Fusarius tract. de substitution. quæst. 24. & 28.* & passim reliqui agentes de substitutionibus. Itaque non solum expressa institutio aut substitutio scriptæ in testamento solemni habent executionem paratam quoad prædictam immissionem, sed etiam substitutiones tacitæ, & tacitè substitutus habet, illum remedium ex prædicta *leg. edicto*, ita sentiunt *Baldus in eadem l. edicto, numer. 45. Iason numero 12.* qui dicit se non inuenire contradicentem, *Decius numero 27. Sapia num. 51. cum sequentibus, Zucardus ex numero 228.* qui rem latè disputat, & respondet argumentis in contrarium, *Cod. de edicto D. Adrian. tollend. Franc. Aretinus in l. si in testamento 5. circa finem, ff. de vulgar. & pupil. sub.* qui dicit, ita sentire communiter Doctores, *Canarius vbi supra, Antonius Gomez in l. 45. Tauri numer. 139. Menochius de adipisc. poss. remedio 4. ex num. 214.* qui exactę examinat quæstionem, & tandem patti huic adhæret, *Argelius de acquirenda possess. quæst. 7. art. 6. ex numero 164.* qui etiam argumenta contraria expendit, & dissoluit, *Paz de tenuta tractat. primo, capit. 29. ex numero 28. Azeuedus in l. 3. numero 13. in fin. titul. 13. libro 4. Recopilat.* tractat latè *Tiraquellus* quamuis dubitare videatur, *in tractat. le mort. Saisit. le viff. secunda parte declaratione 10.*

15 Hæc autem conclusio comprobatur. Primò quoniam beneficium, *l. vltim. Cod. de edicto D. Adrian. tollend.* conceditur hæredi scripto. Hæres autem qui vocatur ad hereditatem ex tacita substitutione dicitur scriptus in testamento. Ergo etiam illi debet concedi prædictum beneficium. Minor probatur, quoniam scriptum illud dicitur, quod est scriptura percipitur, & illud dicitur posse legi, quod ex vi verborum expresse scriptorum apprehenditur, & intelligitur, sine extrinseca suppletione, *l. 1. §. legi, & ibi glossa, verb. Si non extrinsecus, ff. de iis, quæ in testament. delent.* Egregiè enim ait *Baldus vbi supra*, scripturam sæpè numero plus significare, quàm loquatur.

16 Secundò, quoniam ideò expressè substituto conceditur beneficium prædictæ *legis vltimæ*, quia per ostensionem testamenti resultat notorium, vt docet *Bart. ibi numer. 9. & 10.* Ex ostensione antem testamenti constat notoriæ esse quem substitutum, etiam tacitè; quia ex quo apparet substitutio, vulgaris, apparet etiam sub illa inclusa, & contenta tacita pupillaris, cum eam inclusionem operetur ius, ipsum, sine alio exteriori additamento ex *dict. l. iam hoc iure, ff. de vulgar. & pupil. subst.* & id dicitur expressum, quod tacitè inest ex natura expressis, vt pluribus prosequitur *Tiraq. in l. conub. l. 16. glos. 7. ex num. 176. & num. 179.* & allegati *supra n. 10.* Ergo huic tacite substituto debet concedi beneficium illius legis, tanquam expressè vocato per testamentum, & de cuius vocatione per ipsum testamentum notoriè constat. Plures alias rationes adducunt. *Menochius vbi supra ex num. 217. & ibi ex numer. 220.* dissoluit octò obiectione contra hanc sententiam, quæ verissima est, item *Argeli vbi supra*, pro

qua

qua militant quæ hucusque dicta sunt in hac quæstione.

17 Illud tamen circa illam est animaduersione dignum, quamuis verissimum sit testamentum habere paratam executionem quoad tacitas substitutiones, non tamen habere paratam executionem quoad substitutiones extensas. Vt verò explicetur hæc animaduersio præsupponendum est, institutiones, & substitutiones interdum extendi de vno casu ad alterum ex coniecturata mente defuncti, vt docet Doctores *in l.Gallus, §.& quid si tantum, & in l.commodissimè, ff.de liberis & posthum. & in l.1 ff. de vulgari, & pupill. subst. vbi Ripa ex numer.89. Gulielmus Benedictus in repet.cap. Rainuncius, verb.Si absque liberis, el 2.in tractatu vulgaris substitutionis, ex nu. 25. de testament. Conarruuiin eod.cap.Rainuncius, §.4.num.5. Antonius Gomez tomo 1.variar.c.3.num.10. Gregorius in l.2 tit.5.par.6.glossa.5. Molina de primogenit.libro 1.capit.4.numero 24.& 25. Menochius de præsumption.libro 4. præsumptione 26.& 65. Surdus decis.37.202.& 207.*

18 In qua materia extensionis de vno casu ad alterum (ne id quoque prætermittamus) distinguunt Doctores duo conditionum genera. Primum earum, quæ sunt necessariæ alterum earum, quę sunt voluntariæ, & docent, substitutiones factas sub conditionibus necessarijs posse extendi de vno casu ad alterum, factas verò sub conditionibus uoluntarijs non extendi, sed solum habere locum in casu, quo conditio impleatur in specifica forma, neque sufficere si impleatur per ęquipollens, *iuxta textum in l. qui hæredi 44.& in l.Mauius 55.ff. de condit. & demonstration.* Hanc distinctionem, & doctrinam tradidit *Petrus de Bellapertica*, quem refert, & sequitur *Bartol.in dict.§.& quid si tantum, numero 2.& 3. & in dict. l.1. numer. 29.ff. de vulgari*, eam amplexi sunt communiter Doctores *in dicto §.& quid si tantum, Bald.numer.5. & 6. Angelus numero 4. & 5. Cumanus numero 6. Paulus numero 7. & 8. Alexander numer. 5. Socinus numer. 6. Iason numer. 27.& 31. Sarmiento numer.9. & sequentibus, libro 5. selectarum, Ripa in dict.l.1.ex numer.94.ff. de vulgari, Socinus ibidem, num.13. versiculo, Octauo limitat. & consil. 140. numer.9. volumine 1. & consilio 77.numer.7. volumine 3. Ancharranus consilio 357. Angelus consilio 93. Alexand. consil. primo numero 11. circa fin.lib.1. Decius consil.227. num. 12. circa finem, Decianus responso 1.ex numero 6. volum.2. Honded. cons.60.numero 27. volum.1. Menochius cons. 171. numero 19.lib.2.& consil.243.ex num.23.libr.3. Surdus decis. 37. ex numero 2.& decis.202.num.6.& decis.207. numero 13. & 14. Simon.de Prætis de interpretat.vltimar. volunt. lib.1. interpretat.2. dubitatione 2. solutione 14. ex numer. 22. & numer.30. vsque ad fin.& sequentibus & libr.3 interpretat.2. dubitat.1. solut.5. numer.12. Galganetus de condit.& demonstrat. 1. part. cap.102.num.2. Intrigliolus de substitutionib. centur.1. quest. 17.n.8.& ex nu.46. Fusarius de substitutionib. q. 460. cum duabus sequentibus.*

19 Imò verò communis est etiam Doctorum sententia, vniuersim, & sine vlla distinctione, siue conditio sit necessariæ siue voluntaria, ex verisimili mente, & coniecturata voluntate disponentis, extendi posse substitutiones ob identitatem rationis ex vno casu simili ad alium similem. Solent adnotare *in dicta l.Gallus 29.§.& quid si tantum, ff. de liber.& posthum. & in d.leg.1.ff. de vulgari. Animaduertit Bartholomæus Socinus in dicto §.& quid si tantum, numero 6. Decius cons.227.numer. 12. Alexand. cons.130. libro 2. Hieronymus Gabriel cons.95.num.3.& 4.libro primo Molina de Hispano, primogen.libr.3.cap.5.ex num.2. Decianus responso 1.ex numero 85.& ex numero 100. & ex num. 114.& num.141. Menochius cons.339. ex num. 18.& consil.432.num.13.& 14. Iosephus de rusticis cons. 1. num. 70. post tractat. de liberis in condition. positis, Fusarius consil. 155. n.16. versic. Quarto testatur, Peregrin.consil.51. num. 17.libr.5.& de fideicommiss.artic.11.num.46. Castillo libro quarto, quotid.controuersia capit. 15.num.57. Thesaurus decis.370.n.31. Viuius decis.513.num.20. Surdus decis.37. ex numer.17.& numer.31.& decis.207.ex numer.9. & consil. 256.ex numer.25. libr.2.& consil.347. libro 3. Augustinus Barbosa tractat. de clausulis, vsufrequentibus, clausula 182. num.3.* Similes vero casus vocantur illi, vel in quibus viget eadem vel maior ratio, vel ex quibus oritur idem effectus, adnotarunt *Bald.in dicto §.& quid si tantum, numer. 3. Imola numero 32. Iason numero 23. Angelus in l.qui liberis 8.numer.1.& ibidem Imola num.2.ff.de vulgari, Menochius de præsumptionib.lib.4.dict.præsumpt.65. num.18. & consil. 432.num.5. Decianus d.responso 1.num.114.& 115.lib. 1. Crauetta consil.183.num.3.volum.1. Rolandus à Valle consilio 72.num.40.vol.1. Ponte cons.20.nemer.13.& sequentib. libro 1. Pratis de interpratat.vltim. volunt.lib.1. interpretation.2.dubit.2.solutione 14.num.13. Burgos de Paz in leg.1. Tauri ex numero 74. Hojeda de incompatibilitate beneficiorum, 1.parte capit.23.num.42. Cacheranus decis.167.num.9. Sarmiento libr.5. selectarum in §.& quid si tantum, ex num. 6. Costa in eodem §.& quid si tantum, 2.part.ex num.7.* nouissimè *D.Petrus Iordanus Vrsinus S.R.C. Præses* Iurisconsultissimus, & multis alijs ingenijs, humanitatis, & omnium virtutum ornamentis cumulatissimus *in suo tractatu de successione feudorum, part. 2.quæstio 1. artic.1.numer.6.& art.3.num.9.*

20 Probatur autem prædicta communis sententia. Primò ex *text.in leg.fideicommissa 11.§.si cui ita, ff.de legat.3. leg. mulier.22. leg.hæredes mei 57.§. cùm ita, ff.ad Trebellian.* Item ex eo quod cum in testamentis testatoris voluntas totum faciat, & tanquam lex seruanda sit, & præcipuè spectanda, *dict.leg.fideicommissa, §. item si quis, l. quisquis 93.ff.de leg.3. l.ex facto 35.§. rerum autem Italicarum, ff.de hæredibus instit.leg. hæredi posthumo 130.ff.de leg.1. leg.in conditionibus 19.in principio ff.de conditio, & demonstration. d.l.hæredes mei, §.cùm ita, ff.ad Trebellia, l.cùm quæst. 23. in fin.C.de legat. Authent.de nuptijs in fin.in §.disponat, Costa in dict.§.& quid si tantum, 5.part. ex numer. 3. Pratis de interpret.vltim.volunt.libr.5. interpretat. 1.dubit.1.ex num. 1. Surdus decis.210.num.13. Peregrinus de fideicommiss. art. 7.numer.21.& dict.artic.1.per totum, Pelaez de maioratibus 2. part.in initio, ex num.9. per multos sequentes, Galganetus de condit.& demonstrat. 2.part.capit.1. quæstio 50.* fit, vt cùm testator in dispositione respicit, & intendit aliquem effectum censentur velle illud, ex quo sequitur idē effectus. Quia præsumitur ea voluisse disponere de quibus si fuisset interrogatus, verisimiliter disposuisset, *leg. Titius 25.§. Lucius, ff.de liberis, & posthum gloss.celebris vltima, in fine in l.tale pactum 41.§. finali, ff. de pactis, notat Tiraquellus in l.si vnquam, in principio, numer. 56. Cod.de reuoc.donat. Anton.Gomez tom.1. variar.cap.3.numer.10.eolum.2.versic. Confirmatur, Molina de primogeu. libr.1.capit. 13.num.90.& lib.4.cap.5.num. 18. Pelaez de maioratibus, 2.parte in initio, num.136. Mantica de coniectur.vltim. volunt.libr.3.titul.19.ex numer.4.& lib.6.tit.14.numero 4.& lib. 11.tit.16.num.4. Peregrinus de fideicommiss.d.artic.11. num.32. Castillo quotid.controuers.lib.2.capit.22.numero 66.* & non curatur de modo, & medio, dum habeatur effectus, & finis intentus, *l.mulier.22.in princip.ff. ad Trebell. hęc stipulatio, §.Diuus, ff.vt legat. nomeaue.leg. cùm seruus 104.ff.de verborum.obligat. Alexander.in leg.1.§. lex Falcidia, ff. ad legem Falcidiam 2. Menchaca controuersiarum* illu-

illustrium lib. 1. cap. 27. num. 7. Euerardus in locis legalibus, loco 101. ab æquippolentibus, Sarmiento de redditibus Ecclesiasticis, parte 1. capit. 2. numero 16. Raudensis decis. Pisana 4. numero 26. Thuscus liter. E. conclus. 51. Nam vbi adest voluntas testatoris ex vero similibus, & legitimis coniecturis elicita, sufficit, quaslibet conditiones impleri per æquipollens, dum obtineatur finis, & effectus ille, quem testator præcipuè respexit Mantica de coniecturis libro 11. dicto titulo 16. ex num. 4. Couarruuias in practicis, cap. 39. ex numer. 7. Ex quibus consequens est, vt ex mente defuncti coniecturata possit in quocunque casu fieri extensio ad alium similem.

21 Quamuis itaque testamentum habeat paratam executionem (vt eo reuertamur, vnde digressi sumus) quoad immissionem in possessionem bonorum defuncti rationem substitutionis tàm expressæ, quàm tacitæ, nō habet paratam executionem ratione substitutionis extensę ex verosimili testatoris mente, & coniecturata eius volūtate, vt eleganter notarunt Zucardus in repetit. d. l. edicto, vltima, num. 234. versic. Non obstat, & numero 235. versic. Ad quintum, C. de edicto D. Adrian. tollend. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. num. 228. Pelaez de maioratib. 2. part. in initio, numer. 66. Quæ adnotatio comprobatur ex doctrina Baldi in l. 2. numer. 11. C. de patribus, qui fili. distraxer. qui ait, stante statuto generali, quòad statuta debeāt seruari ad literam, tunc non posse fieri extensionem quoniam casus extensus non comprehenditur sub litera, neque legi potest, sed intellectu, & discursu percipitur, l. 1. §. legi, ff. de ijs, quæ in testam. delentur. Quam doctrinam sequuntur, & extollunt Alexand. in l. 1. numero 35. ff. de vulgari, Bartolomæus Socinus ibidem, numer. 38. idem Alexander in l. post editam 5. numer. 4. C. de impub. & alijs subst. Iason in l. non dubium, numer. 3. C. de legibus Felinus in capit. translato 3. numer. 5. de constitut. Argelius de acquired. possess. quæst. 7. art. 6. num. 160. Zucardus, & Menochius vbi supra. Cùm igitur dict. l. vltima, statuat, testamentum seruari, & executioni mandari, iuxta sui figuram, seu literam, iudici ostensam, non poterit dari immissio vigore testamenti ex dispositione extensa, cùm hæc non oculis, sed intellectu percipiatur. Confirmatur ex Doctrina Felinus vbi supra numer. 3. & 5. quam commemoraui, & sequutus sum supra hoc titulo disputatione 3. num. 36. qui ait quamuis habeatur pro expresso in instrumento illud, quod continetur in eo virtualiter, ita vt mereatur executionē, tamen hoc fallere, seu locum non habere, quando quod elicitur virtualiter, non deducitur taliter, quod de necessitate inferatur, sed persuasiue, vel argumentatiuè. Consonat Pelaez vbi supra num. 69. At substitutio extensa non infertur necessario ex scriptis in testamento, sed persuasiuè, vel argumentatiuè. Nam materia extensionis de vno casu ad alterum est coniecturalis, & dubia in qua nihil certum definiri potest, vt animaduertit Hieronymus Gabriel consilio 14. in principio, & num. 1. volumine 1. Quam propterea Doctores vocant materiam brocardicam, vt notat Farinacio in fragmentis criminalibus, litera E. num. 50. brocardica autem dicitur, quę dubia est, difficilis, & incerta, vt testatur Thuscus liter. B. conclusione 132. & quę est contrarium opinionum rationibus inuoluta, iuxta Caluinum in lexico, verb. Brocardica, in qua non solum multi varia dicunt, sed iidem sæpius sibi ipsius contraria responderunt, ita vt non desint, qui illos credant, pro modo pecuniæ sibi datæ respondisse, vt eos capit Petra de fideicommissis, quæst. 9. numer. 2. Igitur mirum non est, si testamentum non possit executioni mādari quoad substitutionem extensam, quæ tàm incerta est, & dubitationi subiecta. Atque hæc ego in casu occurrenti allegabam, & conformis fuit S.C. decisio.

22 Illud pro coronide adijciendum est, hanc doctrinam limitandam esse in maioritatibus Hispaniæ, in quibus remedium possessorium ex l. 45. Tauri, simile remedio, l. fi. C. de edict. D. Adrian. tollend. datur non solum expresse, aut tacitè substitutis, sed etiam illis, qui ex coniecturata mente instituentis maioratum vocantur, & succedere debent in maioratu, ac per consequens ex substitutione extensa. Idque propter verba dict. leg. 45. Tauri tantisper dissimilia verbis dict. l. vltimæ, ibi: *Que conforme à la disposicion del mayorazgo, deuiere suceder en el.* Quæ verba non requirunt literam institutionis, neque figuram, vt requirit dict. l. vltima, sed respiciunt mentem disponentis, etiam ex coniecturis elicitam. Ita adnotauit Molina de primogenijs, lib. 3. cap. 13. numer. 43. qui dicit pluries se vidisse hanc sententiam in forensibus controuersijs receptam, Couarruu. lib. 3. variar. cap. 5. num. 5. in fin. versic. octauo hinc oritur, Pelaez de maioratibus 2. parte in initio, num. 64. Azeuedus in l. 8. num. 28. tit. 7. lib. 5. Recopil. Velazquez de Auendano in d. l. 45. Tauri gloss. 8. numer. 9. Paz de tenuta tractatu 1. capt. 29. ex numer. 19. qui tamen confundere videtur substitutionem tacitam cum extensa, inter quas tametsi quoad remedium, d. leg. 45. Tauri, nullum sit discrimen, versatur tamen maximum, quoad remedium ex l. fin. C. de edicto D. Adrian. tollen. vt superius animaduertimus, Molina de iustitia tractatu 2. tomo 3. disputatione 638. num. 2. Atque est proculdubio verisima sententia, quidquid videatur dubitare Castillo libro 3. variarum capit. 24. num. 93.

SVMMA DISPVTATIONIS
Sexta.

1 IN instrumentis delegationum regulariter interueniunt tres personæ.

2 Liberantia, seu mandatum de soluendo authenticum habet paratam executionem aduersus depositarium, vel debitorem ex instrumento publico.

Depositarius conuenitur executiuè ad restituendum depositum, & quid in Regno Neapolitano, ibidem.

3 De iure Castellæ prouisiones expeditæ aduersus Thesaurarios, seu Receptores Regiorum redituum paratam executionem habent.

4 Cùm debitor non est obligatus executiuè, mandatum etiam authenticum, non habet executionem paratam aduersus ipsum.

5 Liberantiæ expeditæ aduersus Oeconomos ab administratoribus Vniuersitatum habent executionem paratam aduersus debitores executiuè obligatos, secus si non sint executiuè obligati.

6 An instrumenta mandatorum de soluendo in iusta habeant paratam executionem aduersus mandantes male expendi reditus Vniuersitatis, vel Fisci.

7 Quæstio resoluitur sub distinctione.

Clausula guarentigia quomodo interponatur ibidem.

Clausula guarentigia in Regno Neapolitano quæ sit, ibidem.

8 Controuersia Hispanorum, an requiratur in scriptura, vel instrumento publico clausula guarentigia, vt habeat executionem paratam, & qui crediderint requiri.

9 Aliorum sententia negatiua verior.

10 Vbi requiritur clausula guarentigia liberantia, non habet executionem paratam contra iubentem male expendi.

Quæ nam sint expensæ vtiles, in quas erogari debet pecunia publica, remissiuè, ibid.

11 *Vbi*

11 *Vbi ex solo publico instrumento agitur executiuè, videtur posse agi executiuè contra mandantem malè expendi ex liberantia, vel mandato iniustis.*
12 *Verius est, non posse agi executiuè contra mandantes.*
13 *Condictio indebiti non datur aduersus mandantem malè expendi pecuniam, sed aduersus recipientem.*
14 *Ex instrumento non agitur executiuè, nisi reus voluntariè se via executiua subiiciat.*
15 *In mala administratione potest incurri maior, vel minor culpa.*
16 *Esse benè, vel malè administratum resultat ex finali redditione rationis.*
17 *Ex instrumento liberationis potest constare mala administratio inchoata, sed non perfecta.*
18 *Explicatur* textus in §. quod de frumen taria in l. 2. ff. de administratione rerum ad ciuit. pertin.
Sententia iudicis restituere iubentis malè expensum habet executionem paratam, & ab ea non potest appellari, ibid.
19 *De iure Castellæ quid obseruetur.*
20 *In Regno Neapolitano quid seruetur in Tribunali reuisionis Scribæ rationis.*
21 *In literis cambij regulariter interueniunt quatuor personæ.*
22 *Literæ cambij non habent paratam executionem contra mandatarium, nisi ab eo acceptentur.*
23 *Literæ cambij recognitæ à scribente, & protestatæ habent contra eum paratam executionem.*
Forma protestationis quæ nam sit, remissiuè, ib.
Quid seruari debeat in executione literarum cambij contra scribentem de iure Neapolitano.
24 *Scribens literas cambij non liberatur per earum acceptationem, sed per solutionem earundem.*
Literas cambij acceptans est veluti fideiussor scribentis, ibid.
25 *Periculum decoctionis mandatarij acceptantis litteras cambij, cuius damno cedat, an dantis pecuniam, an scribentis? & qui senserint, cedere damno dantis pecuniam.*
26 *Cedere damno scribentis verior sententia.*
27 *Qui senserint, in casu moræ exigentis cedere quoque damno scribentis.*
28 *Data mora exigendi verius esse, cedere damnum decoctionis periculo exigentis.*
29 *Si dans literas cambij sciebat, mandatarium decoctum, aut decoctioni proximum, eius periculo cedit decoctio.*
Præsumitur dolus aduersus eum, qui remisit literas proximè decocturo, ib.
30 *Quando dicatur qui proximus decoctioni celebris quæstio, & quid de ea diuersi senserint, & num. 31. 32. & 33.*
34 *Quanto tempore ante decoctionem dicatur quis proximus decoctioni, est arbitrarium iudici.*
Quis puer sit proximus infantiæ, aut pubertati, est iudicis arbitrarium, ib.
35 *Mandatarius acceptans literas cambij ob superuenientem mandantis decoctionem, non potest detrectare solutionem earum.*
36 *Mandatarius non potest se excusare solutionem literarum, quas acceptauit ex eo, quòd mandans ante acceptationem decoxerit.*
37 *Contraria sententia, quòd mandatarius in hoc casu habeat iustam excusationem, ne soluat.*
Mandatum censetur reuocatum ex mutatione status, tàm mandantis, quàm mandatarij, ib.
38 *Iusta, & probabilis ignorantia acceptantis literas de decoctione scribentis affert iustam excusationem solutioni literarum.*
39 *In Apocis Bancharijs quid seruetur.*

DISPVTATIO VI.

Vtrùm instrumenta mandatorum de soluendo, quæ vulgò vocamus, *Librancas*, seu liberantias, quibus, vel debitori, vel depositario, ærario, capserio, & similibus mandantur, vt soluant alicui certam pecuniæ quantitatem habeant paratam executionem.

1 SVb hoc titulo multiplex inuoluitur difficultas, quæ casuum distinctione explicanda est. In primis autem est præsupponendum, in illis instrumentis delegationum, seu liberantiarum (vt dicamus significantius, & proprius) quæcumque sint, regulariter interuenire tres personas diuersas, videlicet mandans solui pecuniã, & mandatarius, cui iubetur, vt soluat, & recepturus pecuniam, seu is, cui pecunia soluenda est. Hæc autem quæstio examinanda est, tàm circa mandatarium, quàm circa mandantem.

2 Igitur primus casus est, quando instrumenta ista mandatorum de soluendo, seu liberantiarum sunt publica, & authentica. Verbi gratia, cùm iudex interueniente Actuario, seu Scriba expedit in processu mandatum, quo iubet, solui pecuniam alicui crediti ex deposito facto à debitoribus eius, vel iubet debitori debitoris, vt soluat sui creditoris creditori, quod interdum facere potest, *leg. non intelligitur 3. §. multa, ff. de iure fisci*, quamuis regulariter seruetur contrarium, *leg. non aduersus 15. C. si certum petatur, leg. si in causa 2. leg. si debitum 3. l. non prius 4. C. quando Fiscus, vel priuatus, leg. hi, qui 4. C. de conueniend. Fisci debitor. lib. 10.* Hoc casu dicendum est, istam liberantiam, seu mandatum habere paratam executionem aduersus depositarium, seu debitorem ex instrumento publico. Non quidem virtute ipsius mandati, quod cùm expediatur absque citatione depositarij, aut debitoris non poterit ex vi sua executioni mandari contra ipsos, *l. 1. cum omnibus sequentib. C. comminationes, epistolas, programmata, & tradunt Doctores in l. nec quicquam 9. §. vbi de certum, ff. de officio Proconsul. &* leg. nos tetigimus supra, *hoc titulo, disput. 1. numer. 26.* sed virtute obligationis depositarij, qua tenetur restituere depositum, quo est executiua. Nam quicunque depositarius executiuè potest conueniri ad restituendum depositum, argumento *l. eum pro quo 17. ff. de in ius vocan.* probat textus expressus *in l. si quis 11. in principio, C. depositi, tradunt Bart. ibi, numer. 3. Paulus numer. 3. Angelus ibidem, numer. 1. versiculo nota textum, ibi illico, Antonius Gomez tomo. 2. variarum capit. 7. numer. 2. clarius Didacus de Segura in repetitione, l. si ex legati causa, num. 62. ff. de verborum obligatione, Ioannes Lupus in lege 63. Tauri numero 4. Matesilanus singulari 5. Rodericus Suarez in lege post rem iudicatam, notabili 5. ff. de re iudicata, Scacc. de iudicijs, causar. ciuil. & criminal. libr. 1. capitul. 62. numer. 11. Crassis de exceptionibus in præludio, ex numer. 30. Campegius de*

dote

dote. part. 5. quæstion. 111. numer. 4. Colerus de processibus executiuis, par. 3. cap. 1. ex numer. 23. Afinius tractat. de executionibus §. 1. capitul. 4. ex numer. 1. Mantica de tacitis, & ambiguis conuentio. libro 19. titulo 10. ex numero 1. Paz in praxi, tom. 3. capit. 6. §. 6. numer. 26. Meiret. de pignorat. & hypothec. libr. 2. titul. 8. numero 11. Rodriguez tractat. de concursu, & priuileg. creditor. 1. part. articulo 6. numer. 43. Dummodo tamen constet de deposito ex instrumento publico, quod facit notorium, vel ex chirographo recognito, vt multi ex istis Doctoribus notant, & de iure Regni Neapolitani in deposito excedente libram nōri statuitur in *Constitut. In causa depositi,* vbi notat *Afflictis num. 2. lib. 2. Rubric. 23 aueniste Franchis decisio. 278. num. 4. Pascalis de patr. potest. 1. part. capit. 6. numer. 44. Verùm Mantica vbi supra ex num. 18.* non exigit scripturam, sed probationem quamcunque, quæ fidem faciat, probato enim qualitercunque deposito, ipsum depositum ex natura sua producit obligationem executiuam, & eius sententia videtur verisimilior attento iure communi. Idque planè voluit *Parladorius libro 2. rerum quotidianarum capit. final. 4. part. §. 5. numer. 12.* dum statuit, executionem locum habere aduersus tertium, qui rem habet à debitore deposito, vel commodato, quem sequitur *idem Rodriguez de executione cap. 4. num. 55.* Atque item prædictis instrumentis concedi debet executio virtute illius obligationis, qua debitor alioqui est adstrictus, vt soluat suo creditori. Quæ obligationes per mandatum iudicis iubentis, eam pecuniam solui, videtur reduci ad actum, & contigisse casum solutionis debitæ, cuius dies venerit. Et in hac sententia sunt quicumque sentiunt, executionem posse fieri in nominibus debitorum, seu aduersus debitores debitorum ex quibus sunt præter Doctores ordinarios *in l. à Diuo Pio 15. §. sic quoque per textum ibi, ff. de re iud.* & quæ notauimus supra, *hoc titulo, disputat. 1. num. 7. & 8. Rebuffus in Constitut. Regi tom. 1. tractat. de literis obligatorijs, artic. 1. gloss. 1. ex numer. 31. & artic. 6. gloss. 3. numer. 63. & 64. & articul. 11. gloss. vnica, numero 22. Cassaneus in consuet. Burgun. Rubric. 5. verb. Des rentes, §. 2. numer. 1. Colerus de processibus executiuis, part. 2. capit. 3. num. 489.*

3 Hinc oritur ratio decidendi *in l. 14. tit. 7. lib. 9. Recopilat.* vbi de iure Castellæ statuitur, liberantias expeditas in Consilio Regij patrimonij à computatoribus maioribus aduersus Thesaurarios, aut Receptores Regiorum redituum, habere contra illos executionem paratam notat *Parladorius libr. 2. rerum quotidianar. capit. fin. 1. part. §. 5. numer. 19. Heuia Volaño in Curia Philippica 2. par. §. 10. numer. 10. & §. 12. numer. 6.* Ea autem est, quoniam prædicti Thesaurarij, & Receptores, veluti depositarij, sunt executiuè obligati, ratione officij, restituere pecuniam Regiam, quæ est apud ipsos, iuxta præcepta prædictorum Computatorum maiorum, qui rem Dominicam administrant.

4 Limita huius primi casus resolutionem, vt non procedat, quoties debitor, cui fit mandatum, vt soluat non est obligatus executiuè ad solutionem, nam tunc mādatum de soluendo, seu liberantia, etiam si sit instrumentū publicum, non habebit contra illum paratam executionem. Hæc limitatio procedit ex prędictis. Nā hoc madatum, neque ex vi ipsiusmet, neque virtute alterius pręuię obligationis, quam præsupponimus, non esse executiuam, potest executioni mandari. Quare contra mandatarium, non poterit agi via executiua, sed agendum erit ordinaria. Hanc limitationem poteris colligere ex *textu in l. à Diuo Pio 15. §. sed virum, ff. de re indicata,* vbi non proceditur via executiua, nisi contra nomen debitoris confessum. Et eam tradit *Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re iud. in declaratione legis Regni, quæst. 2. nu. 1.* vbi etiā sublimitat, *Parlador. d. lib. 2. cap. fin. 5. part. §. 3. ex num. 43. Colerus de processibus executiuis, 2. par. cap. 3. ex nu. 489.*

5 Secundus casus est, quando ista instrumenta liberantiarum, seu mandatorum de soluēdo sunt publica, & authentica, non tamen expediuntur à iudice, sed ab Administratoribus Vniuersitatum, iuxta vsum Castellæ, à Decurionibus, seu Rectoribus Ciuitatum, iuxta vsum Regni Neapolitani à Sindico, & Electis Vniuersitatum, vel à Capitulo Canonicorum administratore piorum operum, vel tutore pupillorum, quibus instrumentis iubeant soluere Oeconomum, Thesaurarium, Ærarium, vel Capserium, aut quouis nomine vocetur, vel aliquem debitorem aliquam pecuniæ quantitatem alicui certæ personę. Quo casu similiter dicendum est, si hæc solutio mandatur fieri ex pecunia deposita, vel debita sub obligatione guarentigia, vel ex confessione debitoris, habere hæc instrumenta paratam executionem aduersus eum, cui mandatur, vt solutionem faciat: si verò ille cui mādatur, vt soluat, non est adstrictus obligatione guarentigia ad solutionem pecunię, aduersus ipsum mandatum, seu liberantia non habebit executionem paratam. Ratio est, quoniā hęc vis executiua oritur potius ex prępia obligatione guarentigia depositi, vel alterius contractus, quàm ex ipsis instrumentis mandatorum.

6 Verum maior difficultas est, vtrum quando ex ipso instrumento mandati de soluendo, vel liberantia authēticis, & publicis constat esse iniusta, & destinatam pecuniam in sumptus non necessarios, esseque malè administratam habeat istudmet instrumentum paratam executionem contra mandantem, ita vt iudex, apud quem redditur ratio administrationis, possit, ex vi ipsius instrumēti mādati, ex quo notoriè cōstat de maladministratione compellere executiuè administratorem mandantem, vel mandantes, ad restituendum Vniuersitati, Fisco, vel minori, aut pio loco, pecuniam sic liberatam.

7 Et existimo, distinguēdum esse nam aut ex statuto, aut consuetudine loci, vbi facienda est executio, tribuitur vis executiua instrumento publico, etiam si non habeat clausulam guarentigiam, aut in instrumento, vt habeat executionem paratam, requiritur clausula guarentigia. Est autem clausula guarentigia, iuxta consuetudinem Hispaniæ illa adhibita à notatijs in instrumentis publicis, *Et possit hoc instrumentum executioni mandari à quouis iudice, non secus ac si esset sententia transacta in rem iudicatam, vt adnotauit Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re iudicat. in declaratione legis Regni in principio, §. sequitus vestigia, numero 8. & Valdés ad eum locum, ad numero 10. Parladorius libro 2. rerum quotidianar. capitul. final. 1. part. §. 11. numero 5. Paz in prax. tomo 1. 4. part. capit. 2. numer. 10. Rodriguez de executione, cap. 1. art. 4. numer. 17. Heuia Volaño in Curia Philippica, 2. par. §. 7. numer. 1.* Quæ differt à clausula guarentigia Italica, vt notat *Rodericus Suarez vbi supra Olanus in concordia antinomiarum, litera I. ex numer. 4. Azeuedo in l. 1. num. 53. & 54. titul. 21. lib. 4. Recopilat. Rodriguez de executione, dict. cap. 1. art. 4. num. 15.* Nam hæc continet præceptum iudieis ad contractus, qui in omnibus instrumentis interuenire solet, quo iubet debitori cōfitenti debitum corā ipso, vt creditori soluat. Quod præceptum iudicis cartularij habet vim sententiæ transactæ in rem iudicatam, notat *Rebuffus in Const. Regi. tom. 1. tractat. de literis obligatorijs, in præfationibus, numer. 13. Grassis de exceptionibus in præludio, ex numer. 11.* & cla-

clarius,& melius omnibus *Galterius in practica instrumentaria*, distinguit varios modos clausulæ guarentigiæ *in 1. part. 1. partis, ex num. 6.* & in Regno Neapolitano dicit, clausulam guarentigiam contineri sub illa in omnibus instrumentis inuenta, *pro quibus omnibus obseruandis, &c. ibi nu.* 14. Tametsi ego nunquam viderim similem clausulam præcepti in instrumentis factis in hoc Regno Neapolitano, in quibus tamen semper interuenit iudex cartulariorum, seu ad contractus. Nisi dicatur sub clausulis cæteratis, quæ in prædictis instrumentis vulgariter apponuntur, subintelligi etiam hanc, vt *notat Thuscus literas C. conclus. 302. numero 4. Consonat Azeuedus in leg. 1. num. 58. tit. 21 libr. 4. Recopilation.* Quamuis ego id difficulter mihi persuadeam ex egregiè notatis ab *Olano in prædicta concordia, litera I. num. 37. & 38.* vbi reijcit sententiam Didaci Perez, & quandam eius concordiam inter contrarias quasdam Hispanorum Doctorum opiniones statim referendas, & doctrina *Petri de Salazar de vsu, & & consuetudine. c. 3. ex num. 3.* quam approbat *Cevallos in speculo pract. q. 690. ex nu.* 10. ideò existimo, credendum esse Galterio.

8 Est autem animaduertendum, apud Doctores Hispanos non leuem fuisse controuersiam, an de iure Castellæ, vt instrumentum publicum possit executioni mandari, requiratur in eo clausula guarentigia: an verò etiam si careat prædicta clausula, habeat executionem paratam. Nam multi credunt, consistere vim executiuam instrumenti in prædicta clausula, quasi carcat, executioni mandari non posse. E quibus est *Rodericus Suarez vbi supra num. 10. & sequentibus, & ad eum locum, & Valdes, Didacus de Segura in repetitione, l. si ex legati causa, num. 71. & 78. ff. de verbor. obligat. Couarru. libr. 2. variar. cap. 11. num. 3. versic. Illud sanè, Menesius in leg. 1. numer. 21.* vbi dicit esse sententiam vsu receptiorem, *Cod. de iuris & facti ignoran. Gutierrez de iuramento confirmator. 1. part. cap. 62. num. 6. Felicianus de censibus, libr. 3. cap. 1. ex numer. 4. tomo 1. Paz in prax. tom. 1. 4. part. cap. 1. numer. 10. Baeza de inope debitore, cap. 1. numer. 31. Rodriguez de execution. cap. 1. articul. 4. numer. 19. Cevallos in speculo pract. quæst. 690. num. 5.*

9 Alij verò contra sentiunt, instrumento cuiuis publico, etiam si illi non adijciatur clausula guarentigia, concedendam esse illo iure vim executiuam. Ex istis sunt *Palacios Rubios in leg. 63. Tauri numer. 1. Castillo ibidem, ad verbum, obligacion personal. Antonius Gomez in l. 64. Tauri nu. 4. Villalobos in antinomi apud Olanum liter. I. numer. 31. & 32. ibidem Olanus ex numer. 33. Auendanus in leg. 4. & 5. titulo de las exceptiones, numer. 22. circa finem, versicul. Ex his quatuor, & in Dictionario, verb. Escritura, Salazar de vsu, & consuetudine, capite 3. numero 4. Gratianus regula 179. numero 10. Matienzus in leg. 1. titul. 17. libro 5. Recopilation. gloss. 9. Azeuedus in leg. 1. ex numer. 53. ad 56. tit. 21. lib. 4. Recopilat. Parladorius libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. par. §. 1. ex num. 5. Villadiego in Politica cap. 2. numero 7. Hæuia Volano in Curia Phillippica, 2. part. §. 7. numer. 1.* quorum sententiam existimo veriorem, & frequentiori vsu comprobatam. Fundamenta inueniens apud prædictos, præsertim apud Valdesium & Olanum, ne transcribendo aliorum scripta immoremur.

10 Igitur ad institutum nostrum redeuntes incipiendo à secundo casu, cuius resolutio facilior est, si ex statuto in instrumento requiritur clausula guarentigia, vt possit executioni mandari liberantia, seu instrumentum mandati de soluendo, etiamsi constet ex ipsius tenore esse iniustum, & destinatum in expensam inutilem, seu damnosam Fisco, Vniuersitati, Ecclesiæ, vel pupillo non potest executioni mandari contra mandantes, & in hoc nulla potest esse difficultas. Quæ nam autem sint expensæ vtiles, in quas eroganda sit pecunia publica, tractat *Auendanus de exequend. mandatis, 2. part. cap. 10. Bouadilla libr. 5. Politicæ capitul. 4. ex numer. 6. Villadiego in Politic. capit. 5. §. 30. & 32. ex numer. 59. Escobar de Ratiociniis, tom. 1. ex cap. 22. ad 27.* Ex quorum dictis colligitur etiam, quænam expensæ sint inutilè, & iniustè. Ratio prædictæ resolutionis est, quoniam hoc instrumentum mandati, nunquam habet clausulam guarentigium contra mandatarium, nedum contra mandantem, neque in eo solet inferri similis clausula: ergo non potest habere executionem paratã contra mãdantem. Verùm ex illo agi poterit contra mandantes via ordinaria, quamuis summaria, concesso termino, intra quem possint se defendere.

11 Difficilior est primi casus resolutio, quando ex statuto, vel consuetudine tribuitur vis executiua cuilibet instrumento publico, authentico, etiam si non habeat clausulam guarentigiam. Nam tunc istæ liberantiæ, seu mandata de soluendo publica, & authentica non iustificata, videntur iure habitura paratam executionẽ contra mandantes. Cùm enim instrumenta (vt disputatione præcedenti diximus) habeant executionem paratam, non solum pro expressis, sed etiam pro contentis tacitè, & virtualiter, & ex instrumento resultet notorietas, non solũ quoad expressa, sed etiã quoad tacita videtur ex isto instrumento publico, & authentico mandati de soluenda pecunia pupilli, vel Vniuersitatis in causam ipsis inutilem, & extra eorum obligationẽ, resultare notoriè mala administratio, ex qua administratores obligantur ex quasi contractu, §. *tutores quoque, institut. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt. l. ex maleficijs 4. aliâ leg. si quis 5. §. tutela, ff. de action. & obligat. leg. 1. & per totum ff. rem pupil. saluam for. leg. quidquid 7. Codic. arbitrar. tutel.* ac proinde resultat etiam in fauorem minoris, vel vniuersitatis actio condictionis indebiti, §. *item is institut. de obligat. quæ ex quasi contract. §. is quoque institution. quibus mod. re contrahi obligatio. dict. leg. si quis 5. §. is quoque, ff. de actio. & obligat.* cuius vi possint recuperare pecuniam suam male expensam via executiua virtute prædicti instrumenti publici. Quod ita videtur sensisse solus, quem ego viderim, *Bouadilla lib. 5. Politic. cap. 4. nu. 67.* qui dicit ita seruari ex nouis ordinationibus, quamuis ipsi durissimæ videantur, *& numer. 84. in fin.* Et pro ista sententia adduci potest textus *in l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de admini. strat. rer. ad ciuitat. pertin.* cuius verba sunt, *quod de frumentaria ratione in alium vsum conuersum est, sua causa cum incremento debito restituatur, idque, & si contra absentem pronuntiatum est, inanis querela est.* Et in eo casu procedẽdum esse omisso omni iuris ordine ad restitutionem, & executionem, sentit *Escobar de Ratiocinijs 1. part. cap. 31. num. 23. 24. & 25.* qui multis probat, *& Peregrin. de iure fisci lib. 6. tit. 7. num. 5.*

12 Nihilominus ego censeo, hoc instrumentum publicum liberationis, seu liberamenti, vel mandati de soluendo non iustificata, non habere paratam exequutionem contra mandantes, aut liberantes. Idque probo; primò, quoniam instrumentum delegationis, seu liberamenti, & mandatum de soluendo per se solum, nisi ex eo sequatur solutio pecuniæ liberatæ, & erogatio eius in causas inutiles, nullam producit actionẽ efficacem cõtra mãdantes: tota enim eius vis, ad hoc vt agi possit contra mandatores, consistit in effectuali solutione, pecuniæ erogationeque eius in causas inutiles. At ex ipso instrumento

mento mandati, non constat ista effectualis solut io, & erogatio. Ergo ipsum instrumentum non potest executioni mandari contra mandatores.

13 Secundo, quoniam etiam si constaret ista solutio, & erogatio inutilis pecuniarum pupilli, aut Vniuersitatis per instrumentum publicum solutionis, quod coniungeretur cum ipso mandato, etiam publico, ex quibus resultaret aperta probatio conditionis indebiti in fauorem Vniuersitatis, aut pupilli, qua possent agere ad recuperationem pecuniæ sic inutiliter expensæ, hæc tamen conditio datur aduersus recipientem pecuniam, non aduersus mandantem, pecuniam solui, §. *is quoque, instit. quib. mod. re contrahi obligatio* §. *item is, instit. de obligat. quæ ex quasi contract. l. ex maleficijs 4, seu l. si quis absentis* 5. §. *is quoque, ff. de actio. obligat. Larrea decision.* 86. *ex numer.* 1. *part.* 2. Et solum videtur contra mandatores dari actio subsidiaria ex mandato in id, quod non possit exigi à recipiente, ad similitudinem actionis subsidiatæ, quę cōceditur pupillo *in l. in principio, & per totam, ff. de magistratibus conuenien.* & ciuitati *leg.* 1. 2. 3. & 4. *Codic. quo quisque ordine conueni lib.* 11. Ergo via executiua, quæ futura erat qualitas huius actionis, si competeret, non posset dari aduersus mādatores, sed aduersus eos, qui pecuniam pupilli, vel Vniuersitatis receperunt.

14 Tertio, quoniam tunc ex instrumento datur contra aliquem via executiua, cùm per contractum in eo contentum id actum est, vt quis se obliget voluntariè ad aliquid præstandum, & voluntariè se viæ executiuè subijciat, vt patet apertè, si quis recurrat ad singula exempla. Sed ille, qui mandat male expendi pecuniam pupilli, vel Vniuersitatis non id agit in instrumento mandati, seu liberamenti, vt se obliget ad restituendam pecuniam sic malè expensam: ea enim obligatio magis videtur induci à lege puniente malam administrationem, quam prouematā spōtanea voluntate administratoris, vt dicebamus de obligatione pœnali supra *titulo* 2. *disputat.* 1. *num.* 20. Ergo ex instrumento mandati de soluendo non potest fieri executio contra mandantem.

15 Quarto, quoniam in mala administratione potest cōsiderari maior, vel minor culpa; aliquando enim erit negligentia, aliquando leuis, leuissima, vel lata culpa, aliquando dolus, ob quam diuersitatem oriri posunt diuersæ condemnationes, & non est vniformis pœna, vt prosequatur *Azeuedus in l.* 2. 2. *nu.* 12. *tit.* 6. *libr.* 3. *Recopilationis*.

16 Quinto, quoniam esse bene, vel malè administratum resultare debet ex finali redditione rationum administrationis, & calculatione vltima, in qua si administrator reliquatur, confirmato calculo per sententiam iudicis, executioni mandatur contra reliquatum, appellatione non obstante, vt notat, & probat *Castillo in l.* 27. *Tauri tractat. de reddenda ratione in fin. Auendan. de exequend. mand.* 2. *par. cap.* 10. *num.* 37. *Bouadilla* 5. *Politica, cap.* 4. *numer.* 84. vbi glossa marginali allegat cæteros, *Parladorius lib.* 2. *rerum quotid. cap. fin.* 1. *part.* §. 6. *Escobar de Ratiocinijs* 1. *tomo cap.* 31. Ergo non debet concedi executio pro singulis partitis.

17 Neque obstat quæ pro contraria sententia expensa sunt *supra num.* 11. quoniam quamuis ex instrumento liberationis constet mala administratio inchoata, non constat ex illo mala administratio perfecta, quæ resultat ex solutione, & erogatione effectuali pecuniæ pupilli, vel Vniuersitatis in causam inutilem, & indebitam. Neque item constat gradus culpæ malæ administrationis, iuxta quam ista mala administratio esset punienda. Neque conditio indebiti, quæ comprobatur ex prædictis instrumentis directè tendit contra administratores, sed contra eum, qui pecuniam indebitam recepit, vt supra consideratum est, & probat *textus in l. vltima, C. quo quisque ordine conueniatur, lib.* 11.

18 Neque item obstat *textus in dict. l.* 2. §. *quod de frumentaria*, nam ille textus, vt plurimum probat, pecuniam Vniuersitatis conuersam in alium, vsum esse exigendam breuiter, & summariè, non tamen executiuè: imò probat contrarium, videlicet non esse procedendum via executiua ex solis instrumentis quibus constet conuersio in alium vsum, cùm requirat pronuntiationem, & sententiam, vt procedatur ad exactionem, ibi: *Idque & si contra absentem pronuntiatum est*. Ac per consequens non datur via executiua, in qua non requiritur sententia noua, vt fiat executio, vt egregiè docuit *Bart. in l.* 1. *num.* 2. *ff. iudicat. solui.* Neque tamen negauimus, sententiam iudicis in eo casu malè expensum restituere iubentis habere paratam executionem, & ab ea appellari non posse, vt appellatio habeat effectum suspēsiuum, vt sentit *Escobar relatus supra num.* 11. *in fin.* Illud est in illo textu singulare, vt contra absentem possit pronuntiari sententia, & executioni mandari, de quo vide *Escobar de Ratiocinijs, dict. cap.* 31. *ex numer.* 22. *Bouadilla d. cap.* 4. *numer.* 83. *Redin de Maiestate Principis, verb. Sed etiam per legitimos tramites, nu.* 98. *Belluga in Speculo Principum, Rubric.* 37. §. *in humanum, num.* 2. *Auendañum de exequend. mandat.* 1. *part. cap.* 9. *num.* 3. & 2. *par. cap.* 10. *num.* 36.

19 De iure Castellæ in *l.* 79. *capit.* 4. *versicul. Y en quanto, tit.* 4. *libro* 3. *Recopilation. in Cod. additionum*, posteaquam lex statuerat, in iudicio redditionis ratio num Vniuersitatis pro reliquo liquido esse, faciendam executionem appellatione non obstāte, in qua parte legis agitur de rationibus redditis ab Oeconomo, vel depositario, vel detentore pecuniæ Vniuersitatis, qui eam expendit, & tenetur reddere rationem, & de executionem contra eum, quouis nomine vocetur: subiungit, pro partitis rationum, quæ non excedunt quantitatem trium millium marauedinorū, quę iubentur restitui, quia sint malè expensę, posse fieri executionem decreti iudicis, eas restituere iubentis, vt cum effectu soluantur, & restituantur, appellatione non obstante. Executionem, inquam fieri posse contra mandantes, aut eam pecuniam, sine mandato expendentes, etenim si cum mandato expendantur, admitti debent pro exoneratione expendentis, verùm debent notari ad onerationem mandantis. Vtcunque sit, executio ex solo instrumento liberationis, seu mandati de soluendo, & solutionis, aut partita libri œconomi, tutoris, vel administratoris locum non habet; sed fit executio vigore decretis iudicis, quo iubet, illas pecuniæ minutas partitas restitui, quia sint malè expensę, à quo appellatio non habet effectum suspensiuum, sed solum deuolutiuum, vt statuitur prędicta lege.

20 Illud admonendum occurit in hoc Regno, in Tribunali reuisionis librorum Scribæ rationis huius Regni, quæ mihi delegata est pro tribus Scribis, decem ab hinc annis, stylum esse, vt quoties ex libris apparet expeditam esse liberantiam, seu mandatum de soluendo quamlibet partitam pecunię pertinentis ad Regium patrimonium, deficientibus instrumentis, ex quibus iustificari debet, fit decretum, quo iniungitur Officiali, aut eius fideiussoribus, vt intra terminum iudici arbitrarium producant instrumenta, quibus partita iustificanda est, cum comminatione, nisi id faciant, quod contra ipsos expedietur significatoria. Et si officialis, aut eius fideiussor intra

tra statutum terminum prędicta instrumenta nō producit, significatur in tota quantitate liberata: ideſt cōdemnatur ad eam reddendam, *iuxta pragmatica 5. §. 21. de administrat. Vniuersitat.* Instrumenta verò dicimus scripturas non testes, quoniam prędictę particulares solutiones pecunię Regię scripturis iustificandę, & comprobandę sunt, sine quibus non potest expediri per Officiales Scribæ rationis liberantia, non verò testibus, *ad textum in leg 1. vbi notat gloss. verb. Descriptio, C. de apocis publicis, & descript. curialibus libro 10. & ibi, tradita à Bartolo numer. 5. Baldo in l. 2. num. 34. Iason. num. 134. & 138. Codic de iure emphyteu. Mascard. de probationib. tom. 2. conclusio. 605. emphyteusis regulariter, num. 6. & tom. 3. conclus. 1325. solutionem factam numer. 10. & 11. Peregrino de iure fisci lib. 6. tit. 7. numer. 20. Francisc. de Clapperijs causa 21. quæst. 1.* Qui quamuis de solutionibus fisco factis loquantur, idem est intelligendum de mandatis de soluendo, quę vicem solutionis habent. Si verò tale mandatum, seu liberantia expeditur contra ordines à sua Maiestate, vel Pro. egibus præstitutos, iniungitur Officiali, vt reddat rationē cur significati nō debeat intra breuem terminum. Quod si intrà illum rationem non reddat, cur potuerit transgredi prædictos ordines, quia forte fuerit in illis dispensatum, aut ōstēdat, esse nō transgressos, auditis Fisco, & Aduocatis Officialium, fit decretum, quo significatur. Et in vtroque casu ab istis decretis, non admittitur appellatio ad effectum suspensionis, imò neque deuolutionis antè exactam quantitatem significatam, *iuxta pragmaticam 38. quæ in nouissima compilatione est 37. de officio Procuratoris Cæsaris.* Notat *Mauson. de causis executiu. libro 1. quæstione 7. ampliatio. 11. ex numero 6.* latè. Quæ tametsi solum loquatur de significatorijs expeditis per Regiam Cameram Summariæ, tamen ex ordine Illustrissimorum Proregum Ducis Albæ, & Comitis Montis Regij, & Ducis Medinæ iussa est obseruari in significatorijs expeditis per Regium Tribunal Reuisionis; & sic hucusque à me obseruatum est. Quæ practica est conformis ijs, quæ iuxta ius commune censet practicanda in rationibus rerum ad ciuitates pertinentium *Escobar de Ratiocinijs 1. parte capite 31. numer. 23. 24. & 25. & Bouadilla libro 5. Politic. capite 4. numer. 66. et 84. &* in debitoribus Fiscalibus *Peregrinus de iure fisci libro 6. titulo 7. numero 24.* & in rebus Ecclesiarum optimus *textus in Authentica de sanctissimis Episcopis, seu nouella 123. in §. Oeconomos, quod est capite 23. & ibi Bartolus & Angelus, Duenas regula 42. limitatione 21. textus* qui loquitur in sententia Fiscali *in leg. abstinendum 4. Codic. quorum appellat. non recipiuntur, & in leg. quoniam 18. Cod. de appellat.* Fiscus autem, Ecclesia, & Respublica æquiparantur, *Dam houderius in enchiridio parium, aut similium iuris, verb. Ecclesia, & Respublica, & verbo, Fiscus. Ecclesia, Imperium, & verb. Respublica*, & ex alijs ad alia sumitur argumentum, *Euerard. in locis legalibus, loco 61. & 65. & 69. Barbosa loco 40. & 49.* Nisi quod in quibusdam casibus ex ordine Regiæ Maiestatis hæc actio contra Officiales est subsidiaria, facta prius discussione in bonis eorum, qui pecuniam receperunt aduersus quos prius procedendum est, & post dirigitur in Officales, quatenus à recipientibus seruari nō potest vt statuitur *in pragm. 70. §. 3. de officio procurat. Cæsar.* in nouissima compilatione.

21 Tertius casus est, cùm instrumentum delegationis, seu liberantia, & mandatum de soluendo non est scriptura publica, & authentica sed chirographum priuatum, vt sunt literæ cambij, quibus mandatur solui certę personæ certa quantitas pecuniæ: exempla habes apud *Nauarrum consil. 31. numero 1. de vsuris, Scacciam de commercijs, §. 2. gloss. 1. in princip. & §. 3. gloss. 3. ex num. 24. Gaitum*, in suo illo numerosissimo *tractatu de credito, capitul. 2. titul. 7. ex numero 1383. & ex numer. 2584. Bernardum Iustinianum tractat. de Cambijs, quæst. 1. ex numer. 2.* Circa quæ instrumenta, vnum aduerto, quemadmodum in cæteris apocis mandati de soluendo, seu liberantijs, interuenire solent (vt notaui supra *hac eadem disputat. numer. 1.*) tres personę, videlicet mandatarios, mandatarij, & illius, cui soluenda est pecunia, sic in literis cambij sæpè sępius interuenire quatuor personas. Nam cùm literæ cambij mitti soleant in loca distantiæ, & sæpè sæpius ille cui soluenda est pecunia non sit idemmet, qui illam dat, vt cambietur: fit vt in cābijs interueniat primò persona dantis pecuniā cambiandam, secundò ille, cui datur pecunia cambianda, vt det literas, qui dicitur campsor, seu mandator; tertiò ille, cui diriguntur literę, vt soluat pecuniam, seu mandatarius: quartò ille, cui mittitur pecunia, & cui solui mandatur, qui recurrit ad correspondentem campsoris, seu mādatarium, vt illi soluat pecuniam missam à dante, per literas campsoris. Notat *Bellonus decis. 1. num. 27. Nicolas Genua de scriptura priuata, libr. 3. post titulum de literis cambij, & quæstionum 6. titulo quædam notabilia, versiculo contractus cambij, Filliucius moralium quæst. tractatione 35. num. 405. parte 2. Narbona in l. 13. titulo 18. lib. 5. Recopilatio. glossa 2. num. 27.*

22 Istæ literæ non habent paratam executionem contra mandatarium, seu eum, cui diriguntur, qui virtute illarum compelli, non potest ad soluendam pecuniam in literis contentam si ab eo non acceptentur. Verùm si acceptentur coram notario publico, aut per priuatum chirographum recognitum, habebunt paratam executionem contra acceptantem, statuitur de iure Castellæ *in l. 9. titul. 16. lib. 9. Recopilat.* in speciali casu, & notat *Parladorius libro 2. rerum quotidianarum capite fin. 1. part. §. 5. num. 19. de iure Neapolitano in pragmatica 1. cap. 5. & in pragmatica 3. cap. 9. & 12. de literis cambij.* Iuxta ius communi sentiunt *Mascardus de probationibus, conclusion. 990. literas cambij, numero 7. Mastrillus decisione 9. & decisione 221. numer. 2. & per totam, Sigismundus Scaccia de commercijs, §. 7. glossa 2. numer. 3. Nicolaus Genua de scriptura priuata, libro 3. titulo de literis Cambij, numero 67. Gaitus de credito, capite, 2. titulo 7. ex numero 1483. iunctis num. 2371. & sequentibus, et numer. 2491.* Quibus verò modis possit recognosci chirographum priuatum, latè tractat *Gaitus in d. tractat. de credito, capit. 2. titul. 8. ex num. 2617. vsque ad numerum 293*, qui refert octo modos, quibus apocha priuata recognosci potest, & ibi ad satietatem inuenies, quæ pertinent ad recognitionem. De iure Neapolitano circa probationes literarum cambij per testes, ad finem vt possint executioni mandari, vide *Pragmatica 5. cap. 4. de literis cambij.*

23 Restat difficultas, an istæ literæ non acceptatæ à mandatario, seu eo, cui diriguntur habeant paratam executionem contra scribentem. Et dicendum est, habere paratam executionem contra scribentem, dummodo tamen prædictæ literæ non acceptatæ protestentur, deinde recognoscantur à scribente, vel probentur *iuxta d. pragmaticam 5. cap. 4.* forma autem protestationis traditur *à Sigismundo Scaccia de commercijs, §. 7. glossa 2. numero 16.* Qua protestatione, & recognitione, vel probatione facta, potest ille, qui dedit pecuniam campsori, & cui literæ non solutæ, & protestatę sunt remissę habere recursum contra scribentem, & ab eo executiuè exigere datam pecuniam. Ita sentiunt *Bellonus decisione 2. numero 36. &*

37. &

37. & decisione 4. numero 7. decisione 8. numero 19. & decisione 50. ex numero 1. Pereira decision. 126. numero 5. in fine, Scaccia de commercijs, §. 2. glossa quinta, numero 316. & §. 7. gloss. 2. numero 4. & 5. & per gloss. sequentes, Paschalis de viribus patriæ potestatis, parte 1. capite 8. numero 72. Rovitus in pragmatica 1. numero 5. 6. & 7. de literis cambij. Nicolaus Genua de scriptura priuata, libro 3. sub titulo de literis cambij, ad finem in notabilibus pro coronide materiæ, §. scribens literas cambij, & §. acceeptante literas cambij, & §. scribens literas cambij non solutas. Atque ita statutum est de iure Neapolitano in pragmatica 1. capitul. 5. & 6. & in pragmatica 5. dict. capitul. 4. de literis cambij. Verum est eodem iure, iuxta pragmatica 6. cap. 4. eodem titulo, requiri ad habendum regressum contra scribentem, vt is, cui soluenda est pecunia, illam exigat intra terminum præstitutũ à prag. 3. c. 9. & 10. eodem titulo, seu adhibeat diligentiam ad exigendum, & si eam non exegerit, faciat protestationem intra quatuor dies à præsentatione apocę, vel lapsus termini ad exigendum, seu soluendum. Alioqui protestatione non facta intra hos terminos, denegatur regressus contra scribentem ei, qui exacturus erat pecuniam, & scribens ipse manet liberatus.

24 Ex quo manifestè colligitur, stante eodem iure, imò verò etiam generali consuetudine mercatorum, scribentem literas non liberari per acceptationem mandatarij, sed potius manere obligatum, donec literæ cum effectu soluantur, ac proinde acceptatem per acceptationem obligari, tanquam fideiussorem scribentis, qui est principaliter obligatus ad prædictarum literarum solutionem, à qua obligatione non liberatur, nisi solutione secuta, quæ omnem obligationem dissoluit, principio instit. quibus mod. oblig. tolli. Quod ita etiam de iure communi seruandum rectè notat Franch. decis. 303. Farinac. dec. 679. 1. par. tom. 2. Bellonus decis. 2. nu. 40. & 41. vbi dicit, hanc esse generalem, & notoriam mercatorum Genuensium consuetudinem Mastrill. dec. 221. ex num. 17. Ludon. decis. 217. ex num. 1. Riccius collectan. 3497. & collectan. 3853. Fabius de Anna cons. 82. numer. 6. Paschalis de virib. patr. potest. 1. par. cap. 8. num. 70. & 71. Rouit. prag. 1. ex n. 1. de literis cambij, Tepatus in comp. var. tit. 366. cap. 18. Gratian. discept. forens. to. 1. cap. 64. num. 4. & 5. Scaccia de commercijs, §. 2. gl. 5. ex n. 322. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. ex nu. 2377. Nicolaus Genua de scrip. priuata, lib. 3. tit. de literis cambij, nu. 76. & post totam materiam sub titulo quadam notabilia pro coronide huius materię literarum cambij, colum. 2. versic. Is qui acceptat. Et ex ijs venit reijcienda doctrina Raphael. Cumani, quam refert, & approbare videtur Afflictis decis. 353. num. 5. quæ eadem videtur fuisse Bart. in l. singularia 15. nu. 19. Iason. ibid. ex nu. 34. Bellon. decis. 4. ex num. 13. videlicet liberare debitorem, seu scribentem literas post quam campsor, vel mercator promisit creditori se soluturum, & creditor acceptauit.

25 Ex prædictis infertur resolutio quotidianæ, ac celebris difficultatis, videlicet, cuius periculo cedat damnum decoctionis mandatarij literarum cambij, seu eius, cui literę diriguntur, qui eas acceptauerit, antequam creditor exigat pecuniam, an eiquam hoc periculum, & damnum adscribẽdum sit, scribenti literas, an verò ei, cui literæ sunt concessæ, in qua Doctores variant. Nam quidam dicunt, hunc casum decoctionis mandatarij post acceptatas literas importare damnum ei, qui dedit pecuniam campsori, seu mandatori, non verò ipsi mandatori, seu scribenti literas, qui per acceptationem mandatarij post decoctionem remansit liberatus. Ita sẽtit Bald. cons. 348. facti fuerunt per Borromẽum num. 2. vol. 1. & in l. pro debito 6. num. 2. C. de bonis authorit. iud. possiden. Hippolyt. de Marsil. in Rubrica, numer. 307. Cod. de probationib. Alexand. consil. 94. ex numer. 3. libr. 3. Socinus consil. 64. numer. 6. & 7. vol. 3. Surdus cons. 145. num. 10. lib. 1. Ioann. Vincent. de Anna allegat. 89. num. 2. Mascard. de probat. concl. 990. literas Cambij, numer. 8. Petrus Follerius ad Marantam in praxim. part. 6. tit. de testium productione, § sextus actus, numer. 50. Thuscus litera C. conclus. 12. numer. 2. & 3. & litera L. conclus. 374. numer. 27. Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. ex numer. 293. ad numer. 299. Nicolaus Genua de scriptura priuata, lib. 3. tit. de literis cambij, ex num. 72. Afflict. dec. 353. num. 4. & 5. Mastrill. decis. 177. ex nu. 1. Rauden sis decis. Pisana 4. num. 103. & 108.

26 Alij contra sentiunt, periculum decoctionis mandatarij contingens post acceptatas literas, sed nõdum solutas pertinere ad scribentem literas seu mandantem, non ad creditorem, qui pecuniam dedit cambiandam, eo, quod per acceptationem mandatarij non liberetur scribens literas, sed solum per earum solutionem. Et hæc est verior sententia conformis ijs, quæ de literis cambij hactenus tradidimus num. 24. Quam amplexati sunt omnes Doctores ibi relati, & tradunt Salicetus in l. si filius familias 18. num. 2. ff. ad Macedon. & in leg. pro debito 6. num. 4. C. de bonis author. iud. possiden. Bellonus decis. 8. numero 17. & 18. Rota Romana diuersorum 4. part. decis. 445. Riccius collectan. 3497. versicul. Subamplia quod, & collectan. 40. Maresc. lib. 2. variar. resolut. cap. 11. Pereira dec. 126. num. 5. Ludouis. decis. 217. num. 2. Thusc. liter. L. conclus. 374. numer. 76. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 17. tit. 8. ex num. 12. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 64. ex numer. 6. Gaitus de credito. cap. 2. tit. 7. ex nu. 2396. Qua in re Scaccia in duobus locis à me allegatis supra, numer. 24. & 25. non satis videtur sibi constans. Pro hac sententia apertè facit de iure communi textus in l. si literarum 23. C. de solution. & de iure Castellæ l. 14. tit. 15. par. 5. vers. Mas si las palabras.

27 Amplia prædictam resolutionem, vt quamuis ille, cui soluenda est pecunia sit in mora exigendi, scribens literas non sit liberatus, & adhuc possit contra illum dari recursus illi, qui pecuniam cambiandam dedit, cui non est imputanda mora in exactione, neque scribenti contingit liberatio, donec literæ cum effectu soluantur. Hanc ampliationem tradit Rota Romana diuers. par. 4. dec. 445. versic. Nec dicatur. Marescot. lib. 2. variar. cap. 11. num. 5. & confirmat ex duabus Rotæ Romanæ decisionibus Ludouisius decis. 217. ex num. 6. Ricc. collect. 3497. et 3854. Ratio est, quia per acceptationem mandatarij non fit nouatio, nec delegatio perficitur, & per consequens obligatio manet firma, donec solutione dissoluatur, etiamsi negligentia exactoris accedat.

28 Contrariam sententiam huic ampliationi, quinimò negligentiam creditoris, aut eius, cui soluenda est pecunia in exigendo, aut dilationem ab eo datam mandatario nocere creditori, seu danti pecuniam ad cambium, & prodesse mandatori, seu scribenti literas ad liberationem credimus rationabiliorem, & verisimiliorem. Quam secuti sunt Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. numer. 325. Paschalis de viribus patr. potest. 1. par. cap. 8. numer. 71. versic. limitatio est, Gaitus de credito, capit. 2. titul. 7. num. 2413. significat plane Pereira decis. 126. numer. 3. & 4. & apertè fauet loquens in fortioribus terminis Gratianus tomo 1. discept. forens. capitul. 64. numer. 23. & 24. Ratio est, quoniam ęquum non est scribentem manere obligatum, quando per exactorem stat quominus literę impleantur à man-

à mandatario, recuperetque oblatam pecuniam; vtque sit in voluntate exactoris, & eius libito duratio obligationis campsoris, seu scribentis literas, & periculum decoctionis mandatarij, cui suppositus est, dum literæ non exiguntur, imò verò iustum, & rationi consonum, vt illi debeat imputari culpa, negligentia, & mora exigendi, & ex ea liberatio scribentis insurgat, saltem ope exceptionis doli, aut culpæ; neque nouum est in iure, moram creditoris, in exigēdo oblatam pecuniam liberare debitorem à casu fortuito post contingente, quo pecunia pereat, vt docet *Bart. in l. si mora 10. nu. 8.* & ibi latè prosequitur *Barbosa ex numer. 12. ff. solut. matrim.* & probat *textus in l. qui decem 72. in princip. vbi Doctores, ff. de solut.* Certè de iure Neapolitano statutum est *in pragmat. 5. cap. seu, §. 4. de literis cambij* (quod notaui *supra num. 23.*) vt illi, qui habent literas cambij contra mandatarium exigant illas intra dilationem, seu terminos stabilitos per *pragmatic. 3. c. 9. & 10. eodem titulo*, aut faciant protestationem intra quatuor dies à præsentatione literarum, aut à lapsu prædictæ dilationis, seu terminorum, alioqui nullum possint habere regressum contra scribentem, qui maneat omninò liberatus, & periculum cedat in damnū eius, qui pecuniam erat exacturus.

29 Ex his constat, à maiori ratione dicendū esse, si scribens literas cambij sciebat, mandatarium suum, seu eum, cui literæ diriguntur esse, aut decoctum, aut fugitiuum, aut decoctioni proximum, non liberari per acceptationem mandatarij, imò potius ex dolo suo manere obligatum, & obnoxium recursui illius, qui pecuniam dedit, idque tam iuxta primam, quàm iuxta secundam opinionem. Ita sentiunt *Baldus in l. pro debito 6. numer. 2. in fin. Salicetus num. 4. C. de bon. author. iud. possiden. Socin. in l. qui vsum fructum 58. num. 7. ff. de verbor. oblig. & in leg. singularia 15. numer. 20. Iason. num. 40. Cagnolus numer. 190. si cert. petat. Surdus cons. 145. numer. 10. lib. 1. & cons. 528. numer. 7. & 8. lib. 4. & decis. 23. num. 10. & 11.* vbi refert coniecturas, ex quibus colligitur hæc scientia. *Follerius ad Marantam in praxi, p. 6. titul. de testium productione, §. Sextus actus, numer. 50. Mastrillus decis. 177. Benuenutus Straccа de decoctoribus, 5. part. numer. 4. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 64. numero 26. Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. numer. 299. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. numero 2393.* Addo præsumi dolum aduersus mercatorem, qui remisit literas cambij soluendas ab eo, qui paulopost acceptas literas decoxit, vt ex *Baldo, Angelo, et Imola*, tradit *Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsump. 3. nu. 11.* Ex quo consequens est, vt præsumatur scientia, vt dixit *Natta consil. 342. nu. 4. tom. 2.* facit *Castillo decis. 46. numer. 6.*

30 Quando verò dicatur quis proximus decoctioni, non est omninò expeditum, *Strac. de decoctoribus, 3. par. nu. 30. & 31. post Baldum cons. 399. in libris Thesaurariæ, numer. 2. volum. 5.* dicit, tempus proximum decoctioni esse biduum, vel triduum, aut si hodie fugit, heri merces emit. Consonat *Gratianus discept. forens. tom. 2. capitul. 391. ex numer. 10. Surdus decis. 326. numer. 86. Gizarellus decision. 62. num. 3. & numer. 12. & 13. Bellonus autem decision. 13. numero 39.* hoc tempus proximum decoctioni limitat ad quindecim dies ante decoctionem, ob statutum particulare Genuæ.

31 *Matienzus in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recopil. glossa 5. numer. 9.* nullum certum tempus determinat, in quo quis dicatur proximus decoctioni sed dicit, futurum esse modicum, & breue, simili modo loquitur *Craueta cons. 44. num. 2. & Thusc. litera F. conclus. 483. ex num. 21.*

32 De iure Neapolitano videtur statui hoc tempus proximum decoctioni spatium vnius integri anni ante illam, *in pragmatic. 2. decisione bonor.* dum denegat debitoribus beneficium cessionis bonorum, nisi debitum sit contractum per annum ante diem decreti, quo conceditur prædictum beneficium. Quasi debitum infra annum contractum censendum sit fieri in fraudem creditorum, & à proximo decoctioni, & vide quæ ad eam pragmaticam notat Rouitus.

33 De iure Castellæ statutum est, tempus sex mensium ante decoctionem censeri proximum decoctioni, *leg. 7. circa fin. titul. 19. lib. 5. Rec.* vbi contractus illius qui post spatium sex mensium à contractu foro cessit, seu decoxit, censetur contractus factus cum proximè decocturo.

34 Ego credo, esse relinquendum arbitrio iudicis, quanto tempore ante decoctionem quis dicatur decoctioni proximus, si res ex iure communi decidenda sit, cui etiam opinioni assentiri videtur *Gizar. dict. decis. 62. numero 13.* Quod confirmo, quoniam arbitrarium est iudici, quis puer sit censendus proximus infantiæ, aut pubertati, vt egregiè, & eruditissimè probat *Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 1. casu 57. ex num. 17. Couarr. de matrimonio, 2. par. cap. 5. num. 7. Sanchez de matrimonio, lib. 1. disput. 51. num. 24.* reiecta opinione, *Gloss. in §. Pupillus, verb. Infantiæ proximus, Instit. de inutilibus stipulation.* quam sequitur *Circouius in communibus opinionibus, liter. P. numer. 35. conclus. 100.* ergo eodē modo arbitrio iudicis relinquendum est, quis sit censendus proximus decoctioni, & id planè sentit *Surdus dict. decis. 326. num. 87. & Vrsillus ad Afflict. decis. 402. ex numer. 6.* omitto, apud prædictos Doctores inueniri multa, quæ faciunt pro lege Castellæ allegati, dum plurimi crediderunt, spatium sex mensium ante pubertatem completam censendum esse tempus pubertati proximum.

35 Tractant deinde Doctores circa literas cambij, an possit mandatarius, qui eas acceptauit, recusare solutionem illarum ex eo, quod scribens fuerit decoctus post acceptationem, & proinde deneganda sit hoc casu executio creditori contra mandatarium. Et dicendum est, non posse mandatarium detractare solutionem literarum cambij, quas acceptauit ob decoctionem scribentis contingētem post acceptationem. Ita sentit *Salicetus in l. si filius familias parte 18. num. 2. ff. ad Macedonian. & in leg. pro debito 6. num. 4. in fin. C. de bonis author. iudic. possidend. Follerius ad Marantam in praxi, par. 6. tit. de testium productione, seu §. Sextus actus, numer. 54. Franchis decis. 303. Paschalis de viribus patr. potest. 1. par. cap. 8. num. 70. Tepatus in compendio variar. tit. 366. cap. 18. vers. acceptans literas cambij, Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. quæst. 11. ex num. 327. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. num. 2396.* Ratio est, quoniam mandatarius per acceptationem literarum manet obligatus, vt dixi *supra num. 22.* Decoctio autem mandatoris hanc obligationem dissoluere non potest, & casus fortuitus decoctionis contingens post acceptationem debet esse damno acceptantis.

36 Amplia prædictam resolutionem, vt non possit mandatarius, quia acceptauit literas se excusare, quominus, soluat, ex eo, quod antequam scriberentur literæ, vel acceptarentur, mandator decoxisset, aut fuisset decoctus. Hanc ampliationem tradit *Scaccia d. gloss. 5. quæst. 11. num. 329.* quem sequitur *Gaitus d. tit. 7. numer. 2398.* Reddunt rationem, quoniam, etsi decoctio faciat, vt decoctus mortuus censeatur quoad id, ne quid agere possit, *Bellon. decis. 10. num. 12. & 13. & decis. 131. numer. 3. & 4. Surdus cons. 405. numer. 9. & 12. libr. 3. Thusc. liter. D. conclus. 105. & seqq.*

& seqq. Azeued.in l.2.ex principio,tit.19.libr.5. Recop. de iure Castellæ *d.lib.2.l.9.& 7.eodem titul.19.lib.5. Recop,* tamen decoctio non inhabilitat decoctum ne alius pro eo soluere possit. Quare qui eius literas acceptauit, non potest se à solutione excusare. Nam,aut sciebat, cum acceptauit, mandatorem esse decoctum, & tunc planum est, eum voluisse soluere pro decocto, quod potest; aut decoctionem ignorauit,& tùc sibi imputare debet,quòd contraxit cum eo, cuius conditionem non debebat ignorare,*l.qui cum alio 19.ff.de reg.iur*,certum est,autem,inter scribentem, & acceptantem literas celebrari contractũ, quasi inter mandantem, & mandatarium, *Bellonus decis.52.num.1.& 2.Fab.de Anna cons.82.nu.15.Martha voto, seu dec.84.nu.7.*

37 Contrarium huic ampliationi sententiam, quinimò decoctionem mandatoris contingente, seu ante, seu post scriptas literas, ante tamen acceptatas, quæ post decoctionem mandatoris acceptatæ sunt à mandatario decoctionem ignorante, si ante solutionem superueniat scientia decoctionis, iustè posse mandatarium recusare illarum solutionem,tuetur *Fabius de Anna cons.82.ex nu.11.& Pascalis de viribus patr.potest.1.p.c.8.nu.70.*Et probatur, quoniam mandatum censetur reuocatum, & dissolutum ex mutatione status,tam mandantis,quam mãdatarij in deterius,*Bart.in l.si cùm Cornelius 82.n.1,Paulus nu.2.ff.de solut.Decius in l.rogasti 11.§. Si fugitiuus, num.5, Iaf.num.3.ff.si cert.pet.Felin.in c.ex parte decani 33.nu.21. de rescript.Soc.conf.112.num.12.& 15.vol.1.Bursat.consil.412.nu.26.lib.4.Bernard,Diaz reg.452. Menchaca controu. vsufrequent.lib.2.c.22,Stracca de decoctorib.3.p.num.50.& & 53.Bellon,dec.1.n.28.& dec.2.ex num.31.Martha voto seu dec.84.Scaccia de commercijs,§.2.gl.5.num. 402.* Ergo sicut qui ante impletionem mandati scit,mandatum esse reuocatum, iustam habet excusationem, ne reuocatum mandatum impleat: ita qui ignorans mandantis decoctionem acceptauit eius literas, si post ante solutionem scientiam decoctionis superueniat, iustè recusabit mandatum implere,& pecuniam literis contentam soluere.

38 Ex quibus fit,vt prædicta ampliatio limitanda sit, cũ ignorantia decoctionis scribentis in acceptante literas est iusta, probabilis, & inuincibilis, quæ nulli damnum debet afferre,*§.Itẽ si adhuc,Inst.de mandato,*Quo casu etiã limitanda est regula *l.qui cum alio 19.ff.de reg.iur,* vt ibidem notaui *Decius nu.3.in fin.Cagnol.nu.15.* ego dixi *priore 10.tit.1.disp.2.q.4.nu.244.& 245.* Ex quo euertuatur vis fundamenti prædictæ ampliationis, si vniuersim, & sine limitatione esset intelligenda. Et hanc concordiam inter duas prædictas sententias secutus est *Gattus dict.tit.7. ex numer.404.*

39 Ad hunc eundem tertium casum pertinent Apocæ Bancariæ,quæ si à Banco,cui diriguntur, non soluantur, habent executionem paratam contra scribentem,in qua proceditur quemadmodum in liquidatione publici instrumenti via ritus,vt tetigi supra *tit.2.disp.8.n.28.in fin.* Et statutum est de iure Neapolitano *in prag.62.§.2.et 6.* quæ in nouissima compilatione est *prag.63.de offic.Proc. Cæsar.* Dummodò prædictæ apocæ sint recognitæ à scribente,vel legitimè probatæ,quemadmodum de iure Castellæ quodcumque chirographum priuatum recognitũ habet paratam executionem,iuxta *l.5.& 6.tit.21.lib.4. Recop.*& tradita à *Parlador.lib.2.rer.quotid.c.fin.1.par.5.§.* notant scriptores Neapolitani, quos retuli prædicto loco.

SVMMA DISPVTATIONIS

Septimæ.

1 *Supponitur casus tituli.*
2 *Pro capitali societatis competere executionem ex instrumento societatis ante redditam rationem,senserunt multi,& magni Doctores.*
3 *Executio liquidi non retardatur propter illiquidum.*
4 *Societas pro negotiatione semper præsumitur lucrosa.*
5 *Capitale societatis præsumitur saluum.*
6 *Instrumentum societatis non posse executioni mandari contra socium ante redditam rationem, secunda aliorum sententia.*
7 *In societate possunt contingere tres casus.*
8 *Capitale societatis liquidum est tempore contractæ societatis, tempore tamen finitæ illiquidum.*
9 *Tutor non tenetur ad restituendum ea,quæ in inuentario scripsit,neque pro eis patitur executionem.*
10 *Secunda sententia habenda est pro regula, sed limitatur diuersis modis.*
Limitatur primò si apponatur ab initio pactum, vt restituatur integrum capitale finita societate, vt maneat apud ipsum socium, qui apposuit, donec finiantur computa, ibid.
11 *Secunda cautela, & limitatio, vt possit fieri executio pro quantitate capitalis antè redditam rationem.*
12 *Tertia cautela,et limitatio,vt possit instrumentum societatis executioni mandari pro capitali ante redditam rationem.*
13 *Quarta limitatio,in cuius casu potest procedi ad executionem pro capitali societatis antè calculum.*
14 *Liber rationum qua forma confici debeat.*
15 *Quinta limitatio, & de pacto, quòd capitale sit saluum, & quomodo possit hoc pactum in societate sustineri.*
16 *Pactum præcedens esse illicitum, & reprobatum, sententia quorundam.*
17 *Adhibitis quibusdam pactis, & cautelis in societate posse sustineri pactum,quod capitale sit saluum.*
18 *Tres contractus adhibendos pacto, quòd capitale sit saluum, vt sustineatur.*
19 *Contractus assecurationis est licitus.*
20 *Illos tres contractus posse fieri inter easdem personas, quemadmodum inter diuersas.*
21 *Contractus illi,quamuis non fiant expressè sed solum tacitè, iustificant,quòd capitale sit saluum in societate.*
22 *Explicatur Bulla Sixti V. Pontificis.*
23 *Contractu societatis inito cum tribus illis contractibus,& facto de illo instrumento publico, poterit ex illo procedi ad executione capitalis,non facto calculo.*
24 *Distinguuntur duo diuersi casus quoad liquidandum instrumentum.*
25 *Capitale societatis non est liquidum ante redditam rationem.*
26 *Non satis est præsumptio, vt ex illa possit fieri executio, sed debet constare quantitas liquida ex instrumento visibili.*

DI.

DISPVTATIO VII.

Vtrùm possit fieri executio pro capitali societatis, vel administrationis, antè redditam rationem.

1 Ponamus contractam esse inter duos societatem pro negotiatione mercium serici, vel cambiorum per instrumentum publicum, & guarentigium, quo constet alterum, immisisse certam pecuniæ quantitatem in societate, alterum cui tradita est pecunia administrãda, operas, & industriã, qui præpositus sit negotiationi, & acturus est omnia, ad societatem spectãtia. Dubium est, an finita societate illi, qui certam pecuniam, quantitatem socio administraturo tradidit, possit petere, & obtinere executionem virtute instrumenti societatis pro prędicta certa, & liquida pecunię quantitate capitalis ante calculatas rationes.

2 Prima sententia affirmat. Hanc tuetur *Baldus cons.152. sed euidentiam, numero 2. vers. Ex his apparet, vol.3. & cons.385. & consil.493. numer.2. vol.4.* quem refert & approbare videtur *Gregorius Lopez in leg.10. titul.10. par.5. gloss. vltim. in fin.* quo loco multi decepti sunt, credẽtes, illum allegare pro hac sententia *Socin. cons.265. volum.2.* quod illa glossa commemorauerat, sed fontem non viderunt; nam Socinus in dict. Consilio nihil dixit ad hanc sententiam attinens. Videtur tamen illi adhærere *in l. pecuniã quam 36. num.10. ff. si certum petat. & in leg. quibus diebus 40. §. Quidam Titio. numer.10. ff. de condit. & demonstr.* vbi ait, instrumentum, in quo quis promisit certam quãtitatem, nisi aliter ex calculo rationis appareret, esse purum, & executioni mandandum antequam ratio calculetur. Huiusmodi autem videtur esse omnia instrumenta societatis, quibus obligatur socius, qui administrat, restituere certũ capitale, nisi aliter ex calculo apparuerit. In eadem sentẽtia videtur esse apertius *cõs.24. ex num.33. volum.1. et Benintendis, eum sequutus, dec.90. num.3. in fin.* qui ait, sententia Socini esse magis communiter approbatam, *Decius in d. l. pecuniam, num.8. Alexand. consil.170. num.3. lib.2.* annuit *Paulus de Castro cons.345. 2. par. & Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib.6. tit.5. numer.7.* sequitur *Auendan. de exequend. mand. 1. par. capit. 29. num.6. Baeza de non meliorand. ration. dot. filiabus, cap.36. num.20. Petrus de Vbald. in tractat. duobus fratribus, 8. par. num.42. quæst.41. & 14. par. numer.10. Thusc. litera S. conclus.303. numer.11. & conclus.304. num.8. Gallesius ad formulam Cameral. oblig. quæst.31. num.3. & ad eum locum Zachias numer.2. & 3. Scaccia de appellat. quæst.17. limit.9. num.30. Amatis decis.80. num.28. & 30. Caualcan. de tutore, & curatore, num.263. Seraphin. de priuil. iurament. priuileg.77. num.8. Gramat. decis.58. numer.10. & 11. Cartarius decision.74.* tametsi ibi non agat de via executiua, *Grassis de exceptionibus, in præludio, numero 55. Hieron. Gabriel. cons.146. lib.2.*

3 Probatur primò hęc sententia, quoniã executio liquidi nõ retardatur propter illiquidum, *l. statu liber rationem 5. ff. de statu liber. l. si residuum 5. vbi Doctores, C. de distract. pignor.* & nos fusius prosequemur infra *disp.15.* Sed fors, seu capitale societatis traditum ab initio socio administranti, seu factori societatis est liquidũ. Ergo non debet impediri executio pro prædicto capitali ob incertitudinem, aut illiquiditatem lucrorum, aut damnorum, quæ ex societate obuenerunt, quæ per calculationem sunt liquidanda.

4 Secundò, quoniam societas pro negotiatione, & negotiatio semper præsumitur lucrosa, *leg. cura 4. §. de desitientium, ff. de muner. & honor. leg. semper 5. §. Negotiatio. ff. de iur. immunit. leg. si defunctus 10. Cod. arbitrar. tutel. Socin. consil.24. num.40. & 41. lib.1. Ioannes Lupus in repetit. cap. per vestras, notabili 6. & vltimo, §.11. num.8. vers. Ex prædictis, Gregor. Lopez in leg.29. tit.11. par.4. gloss.5. & in leg.13. titul.10. part.5. gloss.2. Bellonus decision.173. numero 8. 10. & 11. Magonius decis. Lucensi 1. numero 36. Tepatus in compendio variar. tom.2. titul.365. cap.5. versic. In dubio & versic. Mercator, Thuscus litera S. conclus.310. numer.1. Ioannes Baptist. Costa de facti scientia, & ignorant. centur. 2. distinction.80. numero vltimo, Iunnius de citatione reali, lib.2. cap.1. num.14. Eclinus de societat. cap.20. num.12. & cap.24. num.33.* Ergo dum executio fit contra socium, aut factorem societatis pro solo capitali, securè fit, tanquam contra debitorem quantitatis liquidæ capitalis, apud quem vltra prædictam quantitatem capitalis præsumuntur remanere lucra negotiationis.

5 Tertiò, quoniam capitale societatis (quod ex prædicta ratione prouenit) pręsumitur saluum, nisi probetur damnum, & amissio, *Bald. d. cons.385. & cons.493. num.3. volum.4. Bellonus decis.71. numer.2. in fin. & dict. decision. 173. n.10. et 11. Cartar. dec.74. num.25. Auendan. de exequend. mandat. 2. par. cap.29. numer.6. Escobar de ratiocin. cap.21. numer.6. et 7.* Ac proinde tutor executiuè compellendus est nondum reddita ratione tutelæ, vt mobilia in inuentario descripta restituat, vt iudicatum refert *Surd. decis.184. ex num.3. et cons.296. numero 22. et 23. lib.2.* Igitur stante instrumento societatis executiuo, poterit peti executio pro capitali etiam ante calculatas rationes.

6 Secunda sententia negat, instrumentum publicum guarentigium societatis posse executioni mandari pro capitali contra socium, vel administratorem, aut factorem ante factum calculum, & discussionem, ex quibus constet, an ex societate prouenerint lucra, vel damna, & an capitale sit saluum. Ita sentiunt *Baldus consil.61. num.1. vol.2. et cons.214. vt apparet ex tenore, nu.1. vol.4. Alexan. consil.192. libr.7. Ancharran. consil.235. prima faciè dicitur, num.1. ex vers. Præterea propter incertum, Iason. cons.100. ex num.6. vol.4. Hieronym. Gabriel. cons.61. nu.16. lib.2. Cephal. consil.768. numer.14. et 37. et consil.769. ex numero 1. et numero 11. lib.5. Follerius ad Marantam in praxi, par.6. tit. de instrumentorum productione, seu actu 8. num.3.* qui dicit, se ita practicasse, *Decianus responso 60. num.43.* vbi ait, ante confectum calculum non posse sciri socium, in qua quantitate remaneat debitor sui socij, *Felicius de societate, cap.31. num.69. Crauetta cons.231. num.16. vers. Vndecimo considero, et cons.275. num.13. vers. Tertiò principaliter dubitatur, Baeza de decima tutoris, cap.2. nu.168. Gutier. de tutel.3. par. cap.1. numero 53. Caualcanus de tutore, et curatore, nu.214. Fachineus lib.8. controuersiarum, cap.58. Negusant. de pignorib.5. par. membr.1. numer.37. Parladorius libr.2. rerum quotidianar. cap. final.1. par. §.12. limitat. 4. numer.35. Grammaticus consil. ciuili 114. num.11. Barzius decis.86. nu.40. Giurba decis.15. ex nu.3. Escobar de ratiocin. cap.21. ex numer.12. Cancer. variar. resolut.3. par. cap. 7. numer.328. cum sequentibus, & cap.15. ex numero 314.* Quorum quidam agunt de societate, alij de tutela, & vtrique concludunt, vbicumque ratio reddenda est, non

posse peti executionem pro quantitate liquida donec fiat calculatio, & ex calculo appareat, quæ sit quantitas liquida, in qua restet reliquatus reddens rationem. Nec sat esse contineri in instrumento antecedenti, veluti in instrumento societatis, vel instrumento inuentarij quantitatem liquidam traditam redditturo rationes, vt possit pro illa peti, & obtineri executio ante calculatas rationes.

7 Fundamenta huius sententiæ sunt. Primò, quod in societate tres casus contingere possunt. Primus, vt sit lucrum, quo casu, lucrum venit communicandum. Secundus, vt non sit lucrum, neque damnum, quo casu socius, qui apposuit pecuniam perdit lucrum, sed capitale manet illi saluum; socius verò, qui adhibuit operam, perdit operam. Tertius, vt sit damnum; quo casu, & perditur opera ex parte factoris, & minuitur capitale apponenti pecuniam. Ergo finita societate cùm nulla sit certitudo, quis ex istis casibus successerit ante calculatas rationes, non potest peti executio pro capitali, quod si successisset tertius ex prædictis casibus, fuisset diminutum, & ante confectum calculum cognosci non potest, pro qua quantitate fuerit diminutum, ac per consequens immaturè fieret executio, cum res sit dubia, *l. 1. Cod. de execut. rei iud.*

8 Secundò, quoniam capitale quamuis sit liquidum tempore initæ societatis; tempore tamen finitæ non est liquidum cùm certò sciri non possit ante calculatas rationes, an fuerit diminutum, *l. Mutius 30. ff. pro socio.* Ergo pro illo non potest peti: neque concedi executio, vtpotè pro quantitate illiquida, & quæ non incontinenti, neque breuiter liquidari possit, cum liquidatio pendeat à calculo, cuius discussio longa est, & prolixa ex sua natura.

9 Tertiò, quoniam ob eandem rationem tutor non potest compelli via executiua ad restituenda ea, quæ in inuentario descripsit, cum possit contingere, vt ostendat plus se impendisse in rem pupilli, quam ipse habuerit, *l. 3. §. præterea si tutel. ff. de contrah. & vtil. act. tutel.* vel vendidisse mobilia in inuentario descripta, aut quia seruado seruari non poterant, aut quia inutilia pupillo, aut ob necessitatem pupilli, *l. lex quæ tutores 22. C. de administrat. tut.* vt aduotarunt *Alexand. d. cons. 192. lib. 7. Neguzantius, Caucer.* & plurimi alij ex relatis *supra num. 6.* pro secunda sententia. Solum potest condemnari, aut compelli ad reddendam rationem cum reliquorum restitutione, in redditione autem rationis tanta est connexio inter introitum, & exitum, receptum, & datum vt non possit separari receptum à dato, neque confessio recepti noceat confitenti, non habita ratione dati, vt expenderunt *Auendaños de exequ. mand. 2. p. cap. 10. nu. 31. Bouadilla lib. 5. Polit. c. 4. num. 78. Escobar de ratioc. c. 21. nu. 22.* qui alios allegant. Quo fit vt ante redditam, & calculatam rationē nihil possit apparere liquidum, in quo sit reliquatus tutor, vel administrator, & pro quo possit executionem pati. Idemq; prorsus sentiendum est de societate, in qua reddenda est per socium præpositum negotiationi, seu factorem administrantem negotia societatis, ratio omnium durante societate gestorum, vt cum multis notat *Bellonus dec. 183. nu. 5.*

10 Ex istis duabus sententijs, vt nostrum adiungamus placitum censemus, secundam habendam esse pro regula: Verum esse limitandam. Primò, si in contractu societatis fuerit adiunctum pactum, vt capitale finita societate restituatur socio integrum, & vt possit socius petere, & obtinere executionem pro suo capitali an calculatas rationes, vt maneat apud ipsum, dū rationes discutiūtur, & donec peragatur calculus. Ita sentiunt *Auendaños de exequend. mand. 2. par. cap. 29. num. 6. vers. Nec debet iniustum, Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 2. lim. 4. num. 35. Cancer. var. resol. 3. p. c. 7. ex numer. 324. Escobar de ratioc. c. 21. num. 24. Giurba dec. 15. num. 9. §. Aut nullus, vers. Socius tamen opinionem, Vrsillus ad Afflict. decis. 305. nu. 7.* qui refert sic iudicatum in S. C. Neapolitano. Hoc autem pactum licitum est, & naturæ societatis non repugnans præsertim cùm sit cautela ad euitandas fraudes, & dolos negotiatorum, qui vt retineant pecunias alienas sibi creditas, nunquam non fingunt incurrisse damna, & quemadmodum solitum est pecuniam socij, dum durat societas, & negotiatio, esse apud alterum socium negotiationi præpositum, qui administrat, simul cum lucris omnibus ex societate prouenientibus; ita non est iniquum, vt finita societate integrū capitale socio, qui illud immisit, restituatur custodiendum, donec calculatio peragatur. Hoc enim magis fit propter cautionē, & securitatem socij ponentis pecuniam, ne propter malitiam, & subterfugia socij administratoris differentis rationes reddere, easque inuoluentis, & intricantis sua pecunia priuetur; quam quia sit semper illam retenturus. Nam facto postea calculo, & apparente, probatoque damno facile restituet socio pecuniam, quæ apud ipsum est vltrà sibi debitum recepta. Neque resultat ex hoc, vt vi societatis capitale sit semper saluum, quod pactum esset suspectum de vsura, sed vt sit saluum ad tempus interim, dum eius probatur amissio. Quod dato esset grauamen temporale, est modicum, & parui momenti, ac propterea facile tolerandum, *leg. quoties 2. leg. vniuersa 4. Cod. de precib. imperat. offerend.* Et sicut in prædicta conuentione statuitur, vt statim soluta societate integrum capitale cedeat ad dominum: ita ex eadem prouenit, vt totum lucrum quodquod est, remaneat apud socium negotiationi præpositum, interim dum fit calculus, quod ipsi vtile esse poterit. Propter quam vtriusque socij incertam vtilitatem, conuentio redditur iuxta *leg. de fideicommisso 11. Cod. de transactio.* quæ considerabat *Auendaños vbi supra.*

11 Limita secundò, si in contractu societatis adijceretur pactum, vt finita societate teneatur socius recipiens capitale, illud integrum deponere penes publicum Bancum, aut tertium aliquem fidum mercatorem, vel alium depositarium, donec fiat calculus, & reddatur ratio gestorum in societate. Nam tunc poterit compelli facere depositum integri capitalis, ob rationes supra expensas.

12 Limita tertiò, si in contractu societatis adsit pactum, quòd finita societate damna, si quę fuerint, fiot probanda intra decendium, alioqui probatio non admittatur. Nam si intra decem dies post finitam societatem non fiat probatio damnorum, poterit qui apposuit capitale, executionē facere pro capitali ante calculatas rationes. De hac specie loquitur sic sentiens *Baldus dict. cons. 493. multiloquium, numer. 3. volum. 4. Petrus de Vbald. tractatu de duobus fratribus par. 8. quæst. 41. numer. 42. tomo 6. tract. par. 1. Auendan. de exequend. mand. 2. par. cap. 29. numer. 6. Escobar de ratiocin. cap. 21. numer. 24. Giurba decision. 15. numer. 9. circa finem,* & planè sentit *Felicius de societate, cap. 17. ex numer. 25.* Idque probatur, quoniam contractus leuem ex conuentione accipiunt, *leg. 1. §. si conuenerit, ff. deposit. l. contractus 23. ff. de regul. iur. leg. 1. Cod. commodati, capit. contractus, de reg. iur. in 6. Thuscus litera C. conclus. 980.*

13 Limita quartò, si socius interpellatus ad exibendum societatis librum non exhibet illum, aut exhibet librum vitiosè, & non solemniter compositum, quod idem est, *l. quoties vitiosè 6. ff. satisdar. cogant.* notat *Plotus de in litem iurando, §. 34. numer. 1.* Nam libro non exhibito, vel non, qualiá oportet exhibito, instrumentum societatis poterit aduersus socium librum cælantem, aut non ostendentem, executioni mandari, non expectata amplius rationedatis, seu exitus. Tradit *Caualcanus de tutore, & curatore, num. 117.* qui dicit sic se iudicasse in causa tutelæ, *Escobar. de ratiocin. cap. 21. numer. 25. Giurba decis. 15. num. 10.* Rationem huius limitationis reddit *Escobar vbi sup.* quia cum tutor in instrumento tutelæ, & socius in instrumento societatis promittant inuentarium solemne, aut librum rationis conficere, & exhibere, si hoc non adimplent, optimo iure minor, vel socius pro quantitate liquida, vel etiam pro ijs, quantitatibus, quas sibi deberi in litem iurauerint, via executiua agere poterunt, tanquam cōtra bonorum vsurpatores, cum ipsi nō possint se exonerare ex inuentario, vel libro rationum, quem non habent, vel maliciosè occultant, & intationibus non exhibent. Confirmatur hæc limitatio ex eleganti doctrina *Matthæi Matesilani, singular. 50. nota magnum periculum*, vbi docet, quòd quotiescunque quis iurat in contractu se obseruaturum in eo, contenta, & non contrauenturum, si contraueniat: & non adimpleat promissa vltrà infamiam, quam dicit incurrere, patitur hanc pœnam, vt cogatur ab obseruandum contractum aduersæ parti, & tamen aduersa pars, quæ non incurrit periurium libera remanebit ab omni eo, ad quod tenebatur ex illo contractu, vt dicit probari in *leg. si quis maior 41. Codic. de transact.* Ex quo videtur inferri, vt quia socius, vel tutor non adimplent promissionem faciendi librum possit contra eos fieri executio prò capitali, quod illos constat recepisse. Et ob hanc doctrinam prædicti Doctores pro sua sententia allegant *Matesilanum vbi supra.* Cuius doctrina quamuis singularis, & quamuis esset vera, non video quid faciat pro hac limitatione; verissimum est tamen, contra non conficientem, aut non ostendentem, vel cœlantem librum, aut inuentarium, iurari posse in litem, vt sentit, & probat *Plotus de in litem iurando, §. 5. ex numer. 1. §. 9. §. 13. & §. 34. n. 1.*

14 Formam autem, quā iste liber rationum confici debeat, vt sit solemnis, & rectè compositus, aptusque ad exonerandum eum, qui illum confecit, tradit *textus in leg. comperimus 2. Codic. de nauiculariis, libr. 11.* vbi notat *Bart. numer. 1. Angelus numer. 1. Ioannes de platea in principio Lucas de Penna ex numero 1. Iacobus Rebuffus numero 2. Auendanus de exequend. mandat. 2. par. cap. 5. numer. 31. Baeza de decima tutor. cap. 2. ex numer. 171. Escobar de ratiocin. 1. cap. 9. & 10. Felicius de societ. cap. 38. ex num. 20. Plotus de in litem iurando §. 5. numer. 26. & 28. cum seqq. & §. 13. numer. 5. & 6. Crauetta de antiquitate temporum, 1. part. §. 6. quartò limitatur, ex numer. 44. Stracca de mercatura, part. 2. ex numer. 52. Farinacius in fragment. criminal. litera A. ex num. 47. Thusclus litera A. conclus. 202. Surdus conf. 391. ex nu. 34. lib. 3. Decian. resp. 94. ex n. 15. vol. 3. Gozadin. consil. 17. num. 9. Paul. Æmilius Verallus dec. 157. 2. par. Bellonus decis. 164. num. 21. & 22.*

15 Limita quintò, si in contractu societatis adijciantur pacta, quibus adhibitis fit, vt capitale sit saluum, & periculum illius reijciatur in recipientem pecuniam seruatis cauteliis, quibus hoc pactum potest iustificari. Pro cuius limitationis explicatione præsupponendum est, fuisse inter Doctores maximam controuersiam, an possit in contractu societatis per pactum reijci periculum sortis principalis immissæ per vnum ex socijs, in alterum socium, qui pecuniam ad negotiandum recipit, ita vt qui pecuniam dat participaturus sit lucrum, damni autem sit immunis, cum semper illi suum capitale saluum sit remansurum.

16 In qua difficultate prima sententia ait in societate nō posse adijci pactum, quòd maneat saluum capitale socij illud immittētis, & periculum subeat socius illud recipiēs ad negotiandum alioqui contractum fore illicitum, & reprobatum. Ita sentit *D. Antonin. 2. par. summæ, tit. 1. capit. 6. num. 34. & ex nu. 37. Angelus in summa, verb. Societas 1. num. 5. et 7. Siluester in summa, verb. Societas 1. num. 2. Ioan. Lupus in repet. cap. per vestras, notabili 6. §. 10. et §. 11. totum de donat. inter, Summa Armilla verb. Vsura numer. 17. Viuius decis. 84. num. 4. Cancer variar. resolut. 3. par. Cod. 7. num. 51. Soto de iustit. & iure, lib. 6. quæst. 6. art. 2. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. 2. ex num. 9. Aragon. 2. 2. quæst. 78. art. 2. post solutionem ad 5. argumentum principale, ex §. Sed dubitabit aliquis hoc loco, Banez 2. 2. quæst. 78. commentar. in articul. 4. §. dubitatur, circa vltimum modum societatis, concl. 1. Rebellus de obligationib. iustitiæ, 2. par. lib. 15. quæst. 4. num. 1. Azor. instit. moral. tom. 3. lib. 9. cap. 3. quæst. 5. 6. 7. & 8. & cap. 4. quæst. 5. Ioann. Baptist. Lupus in cap. nauiganti, de vsuris, §. 1. numer. 24. Natta consil. 403. & 404. tom. 2. Felicius de societ. cap. 17. ex num. 8. & num. 42. & cap. 18. ex nu. 3. & cap. 19. ex num. 25.* Hæc sententia videtur apertè probari ex *Bulla Sixti V.* promulgata anni 1586. Octobris, die 25. quæ continetur in *Bullario nouo, tom. 2. inter Bulla Sixti V. Bulla 45,* incipit *Detestabilis auaritiæ*, in quam §. 1. damnat, & reprobat omnes, & quoscunque contractus, conuentiones, & pactiones post illam ineundos, seu ineundas per quos, seu quas cauebitur personis pecunias, animalia, aut quaslibet alias res societatis nomine tradentibus, vt etiam si fortuito casu quamlibet iacturam, damnum, aut amissionem sequi contingat, sors ipsa, seu capitale semper saluū sit, & integrum à socio recipiente restituatur, siue vt de certa quantitate, vel summa in singulos annos, aut menses durante societate respondeatur. Statuitque, huiusmodi contractus, conuentiones, & pactiones, vsurarios, & illicitos censeri debere atque in posterum non licere ijs, qui pecunias, vel animalia, aut alias, res in societatem tradent, de certo lucro, vt præfertur percipiendo inter se pacisci, & concordare. Neque etiam siue ad certum, siue ad incertum lucrum conuenerint, socios, qui ea recipient ad sortem, seu capitale saluum, & integrum, vbi illud casu fortuito perierit, seu amissum erit reddendum, quouis pacto, aut promissione sibi obligare. Ac ne de cætero societates ineātur sub huiusmodi pactis, & conditionibus, quę vsurariam prauitatem sapiunt, districtè interdicit, & prohibet. Et §. 3. istiusmodi contractib. & conuentionibus, etiā iuramento firmatis, denegat obligationem ciuilem, & naturalem, & actiones reales, & personales, aut iudicis officium. Ac tandem §. 4. contrauenientibus imponit pœnam manifestorum vsurariorum, & fœneratorum.

17 Secunda nihilominus sententia asserit adhibita cautela certarum quarundam conuentionum additarum contractui societatis posse obtineri effectū, vt capitale societatis saluū maneat, & integrū in omni cāsu socio immittēti restituatur, etiam cum certo lucro quotannis exigēdo societate durante. Ita sentiunt *Cayetan. tom. 1. opusculorum, tractatu 31. responsione 11. Petrus de Vbaldis in tract.*

tract. de duobus fratribus, 4. part. numer. 6. Ioannes Lupus in cap. per vestras, notabili 6. §. 11. num. 8. de donation. inter, & *§. 10. præcedenti, ex num. 1.* refert multos pro hac sententia, *Nauar. in Manual. cap. 17. ex numer. 254.* & *in commentar. de vsuris, ex num. 33. Couarr. lib. 3. variar. cap. 2, numero 4. Sarmiento selectar. libr. 7. cap. 1. ex numer. 6. ad 12. Mantica de tacit.* & *ambig. convention. tom. 1. libr. 6. tit. 6. ex num. 3. Bellonus decisio. 183. Ioann. Bapt. Lupus in cap. nauiganti, de vsuris §. 1. numer. 24. circa fin. Summa Armilla verb. Societas, numer. 6. Molina de iustitia, tractat. 2. disputat. 417. ex num. 10. Sayrus in decisionibus casuum conscientiæ, lib. 5. tit. 13. decis. 17. Lessius de iust.* & *iure, libr. 2. cap. 25. dubit. 3. ex num. 23. Salon. de iustit.* & *iure, tom. 2. disput. de contractib. Societatis, art. 3. controu. 2. ex num. 10. Medina in instructio. Confessorum, cap. 14. §. 27. Doletus in instruct. Sacerdotum, libr. 5. cap. 41. numer. 3. Gaspar. Roder. de annuis redditib. libr. 3. quæst. 5. numer. 64. Caualcan. decision. 13. per totam, 2. par. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. quæst. 5. ex numer. 1935. Bonacin. moral. Theologia, tom. 2. tractatu de contract.* & *restitutione, disp. 3. quæst. 3. punct. 11. ex num. 1.* & *quæst. 6. punct. 1. numer. 3, vers. dixi nisi aliter, Filliucius moralium quæstionum, tractat. 34. 2. par. numer. 107.* & *tractat. 35. numer. 453.* & *tractat. 38. ex numer. 52. Diana resolut. moral. 1. part. tractat. 1. de contractib. resolut. 30. Narbona in 3. par. Recop. in l. 15. tit. 18. libr. 5. gloss. 2. ex numer. 2.* & *num. 7. Ioannes Antonius Nouarius in summa Bullarij, titulo de vsuris super Bulla Sixti V. numer. 3.* Et ad eandem sententiam veniunt *Angelus verb. Societas 1. numer. 7.* & *Syluester verbo Societas 1. numer. 2. versiculo Fallit autem, in suis summis,* & *Parladorius rerum quotidian. libr. 2. cap. 2. num. 13,* & *Azor. institut. moral. tom. 3. libr. 9. cap. 3. quæst. 6. §. Ego tamen.* Hæc sententia probatur de iure communi ex *textu in leg. si non fuerint 29. §. Ita coiri, ff. pro socio,* & *in §. de illa sanè, in fine, versicul. Et adeò, Institution. de societate,* de quorum explicatione latè agit *Narbona vbi supra, ex numer. 9.* & *Couarruu. libr. 3. variar. capit. 2, num. 5.*

18 Et verò in societate possit socius apponens capitale, consequi sui capitalis securitatem, vt illi saluum remaneat in omni casu etiam fortuitæ amissionis, dicunt Doctores isti, tres contractus esse celebrandos ab eo, qui pecuniam suam tradit mercatori ad negotiandum, & lucrandum. Primus societatis, in qua vnus ponat pecuniã, alter præstet operam in negatione, ex qua singuli possent percipere pro centenario decem, vel duodecim pro lucro, vt notat *Baldus in leg. cùm quidam 31. §. prætereà, num. 10. C. de iur. dot.* In negotiatione enim licita, vt in mercimonio serici lucrum ascendens ad decem pro centenario est bonum lucrum, & ascendens ad quindecim pro centenario reputatur optimum lucrum, vt ex relatione peritorum tradit *Socinus consil. 265. numero 8. vers. in quibus in proposito dico volum. 2.* Secundus contractus est assecurationis capitalis: pro qua securitate renuntiat socius immitens capitale, socio assecuranti partem aliquam lucri incerti, quod ex societate percepturus est. Tertius contractus est assecurationis lucri incerti ex societate percipiendi taxati in minori quantitate, quam speratur percipi: pro qualitatem securitate lucri, verbi gratia, ad rationem quinque, vel septem pro centenario, socius assecuratus cedit socio assecuranti maius illud lucrum, quod se habiturum sperat. Exempli gratia. Titius immittens mille ducatos in societate cum Sempronio sperat ex negotiatione serici, seu cambiorum consecuturum se quotanuis decem pro centenario ratione lucri, Sempronius assecutat mille ducatos capitalis pro pretio duorum ducatorum pro centenario, soluendo tum ex illo incerto lucrum ducatorum decem ex societate, & negotiatione percipiendo; atque item assecurat Titio lucrum ducatorum sex pro centenario, consequendos ab eodem Titio pro pretio aliorum ducatorum duorum pro centenario exigendorum à Sempronio, ex illo incerto lucro ducatorum decem. Itaque Sempronius pro pretio ducatorum quatuor pro centenario, aut pro maiori quolibet ex negotiatione percipiendo incertè, assecurat Titio ducatos mille capitalis, & lucrum ducatorum sex pro centenario; & Sempronius assecurans cõsequitur ius percipiendi omne lucrum societatis, quantumcumque sit, & tametsi lucraretur viginti pro centenario, solum correspondebit Titio ad rationem ducatorum sex, & vlterius lucrum ex pecunia aliena sibi reseruabit. In quo contractu vterque socius exponit se periculo, & fortuito euentui lucri, & damni. Titius quidem, qui apposuit pecuniam, perdendi lucrum maius, quod poterat sibi obuenire vltrà sex, lucrandi verò securitatem capitalis, & parui lucri, si fortè in societate contigerit damnum. Sempronius autem exponit se damno perdendi capitale, & paruum lucrum, si non obuenerit, operamque suam, quasi oleum, & operam perditurus: exponit item se consequendo maiori lucro, quèm ad rationem sex pro centenario, quod potest obuenire.

19 Contractus autem assecurationis licitus est, & de hoc nullus est qui dubitet, vt tradiderunt post textus iuris ciuilis, & Doctores antiquos, quos allegat iuristæ, & Theologi, *Syluester in summa, verbo negotium, numer. 4. Soto de iustitia,* & *iure, libr. 6. quæst. 7. art. vnico, Molina de iustitia tractat. 2. disput. 507. numer. 3. Lessius de iustitia,* & *iure libro secundo, cap. 28. dubitatione 4. numer. 24. Salas de contractibus, tractato de cambijs dubio 8. numero 3. Rebellus de obligationibus iustitiæ, 2. part. libro 16. quæstion. vnica de assecuratione, num. 3. Bañez 2. 2. quæst. 78. art. 4. in comment. post titul. de censib. §. Pro cuius rei intelligentia, cum §. seqq. Aluarus Valascus consultat. 64. numer. 2. Petrus Santerna tractat. de assecurationibus,* & *sponsionib. mercatorum 1. par. ex num. 5. Stracca tractat. de assecurationibus, in principio, ex num. 44. tom. 6. tractat. part. 1. Couarruu. libro 3. variar. cap. 2. num. 4.* & *5. Thesaur. quæst. forens. lib. 4. quæst. 77. num. 3.* & *4. Gaspar Rodericus de annuis redditib. libr. 3. quæst. 5. num. 54. 58.* & *64. Ioannes Lupus in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 9. num. 5. de donation. inter, Azor. instit. moral. part. 3. libro 11, tractat. de assecurationis contractu, cap. 1.*

20 Non omitto quosdam ex doctoribus relatis pro secunda sententia *num. 17.* timidiores, & rigidiores sentire hos contractus, quos esse iustos, & licitos negare non possunt, non posse licitè fieri cum vna, & eadem persona, sed vt licitè fiant, debere fieri cum diuersis, aut quamuis possint cum vna, & eadem persona iniri, non simul, & semel; sed per interuallum, & diuersis temporibus. Sed multò plures consentiunt, & hos contractus simul celebrari posse, & cum vna, eademque persona. Nam contractus, qui cum pluribus licitè fieri possunt, cum vno etiam possunt fieri, vt post Nauarrum notat *Sarmiento selectar. libr. 7. cap. 1. numer. 7.* & *8.* & probat textus singulari in *l. singularia 15. ff. si cert. petat.* ibi: *Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum est.* Et quæ duobus temporibus facta licita sunt ex se, licita erunt ex se, si vno, & eodem tempore fiant. Hoc igitur modo dans pecuniam suam ad negotiandum, potest consequi securitatem sui capitalis, & vt illi saluum

rema-

remaneat cum incremento alicuius mediocris, & certi lucri, per contractus licitos, & ab vsurarum labe alienos.

21 Amplia prædictam resolutionem, vt procedat etiam si contractus isti enumerati non ineantur expressè, & explicitè, dummodo celebrentur tacitè, & equiualenter, & intentione implicita: vt accidit quando quis tradit pecuniam mercatori, credens se posse iustè quinque pro centenario exigere intendensque contrahere eo modo, quo licitè potest, veluti si diceret, confero centum in societatem, vt soluas quinque, vel sex quotanis saluo capitali modo licito, vel eo modo, quo dicunt Doctores licitè posse contrahi. Ratio est, quoniam intentio implicita idem operatur, quod expressa, *l. cum quid 3 ff. si cert. petat.* Hanc ampliationem tradunt *Nauarr. in Manual. c. 17. num. 255. versic. Addo, & in commentar. de vsuris, nu mer. 33. Lessius de iustit. & iur. lib. 2. cap. 25. dubit. 3. num. 28. et 31. Felliuc. moral. quæst. tract. 38. num. 56. vers. Dices tertiò, Diana resol. moral. part. 1. tract. 8. resol. 31. vers. Et hac omnia pro ce dunt, Bonacina de morali Theologia, tom. 2 tract. de contract. ib. disp. 3. quæst. 3. punct. 1 t. numer. 2. vers. Addo cum Nauarro*, qui pro eadem sententia refert Valentiam, & Reginaldum.

22 Ad Bullam verò Syxti V. quam propriori sententiæ allegauimus *supra numer.* 16. & que re vera si attentè, & impertutbato animo spectetur, & expendantur reddit hanc sententiam valdè dubiam, & planè contrariam facit tutiorem. Respondendum est, per illam damnari cõtractum societatis, in quo reijcitur periculum capitalis in socium accipientem ob solum societatis contractum, & nullo pretio illi assignato ob hoc periculum, quod suscipit: non verò damnari societatem, in qua ex vi contractus assecurationis manet periculũ capitalis penes accipientem, quod ille liberè in se suscipit ob partem lucri speratam maiorem, quam ipsi posset ex societate obuenire, cum iste contractus à tot doctissimis hominibus fuerit approbatus, quæ Romæ etiam doctissimos viros absque vlla difficultate approbasse. Et eam sententiam plurimos hoc tempore per hispaniam, Galliam, Italiam, Germaniam Sacræ Theologiæ professores celeberimos tradidisse refert *Lessius dict. dubit. 3 num. 23 in fin.* Ac proindè *Azor. instit. moral. tom. 3. dict. libr. 9. cap. 3. quæst. in fin.* refert, audisse se à viris fidedignis, Sixtum V. Pontificem viuæ vocis oraculo respondisse, cùm de sua constitutione consuleretur, se non condemnasse societates tali pacto contractas, quas Classici Doctores sua sententia comprobarunt, sed eas tantumodo, quas illi communiter damnarunt. Atque ita eam constitutionem interpretantur *Filliuc. dict. tract. 38 numer. 57. Bonacina vbi supra, Lessius dict. cap. 25. dub. 3. num. 33. Narbona in 3. part. Recop. in l. 15. tit. 18. lib. 4. glos. 1. numer. 43.* & de qua etiam multa dicit *Azor. vbi sup. dict. quæst. 7. per totam.*

23 Igitur, vt regrediamur ad limitationem quintam, vnde digressi sumus, cum contractus societatis initur adhibitis istis pactionibus assecurationis, & de illo fit instrumẽtum publicum, & guarentigium, poterit socius finita societate agere executiue virtute illius contra sociũ, quod restituat non solum capitale ante calculatas rationes, sed etiam lucra conuentione contenta. Quoniam cum contractus sit licitus, & instrumentum guarentigiũ, dubitari non potest, quin vt potè liquidum executioni mandari debeat.

24 Reliquum est, vt satisfaciamus argumentis adductis pro prima sententia ex *numero* 3. quatenus contra secundam, quam diximus habendam esse pro regulam, videbuntur vrgere. Et in primis ad doctrinam illorum, qui dixerunt, executionem deberi illi instrumento, in quo quis promisit certam quamtitatem, nisi aliter ex calculatis rationibus apparebit, tanquam instrumento puro, & liquido, quam existimamus verissimam, dicendum est, speciem illam esse diuersam ab ista, nam in illa promissio certæ quantitatis est pura, & liquida ante calculum, incertitudo verò, & illiquiditas (vt sic dicam per diminutionem prædictæ quantitatis præsupponit calculum. In hoc verò casu, de quo agimus, euenit è conuerso, vt ante calculatas rationes quantitas capitalis residua ex societate sit incerta, & illiquida, & ad certitudinem promissionis, & liquidationem obligationis exigatur calculatio. Nam cùm in societatem immittatur pecunia administranda, non potest promitti restitutio nisi quatenus constiterit, nulla contingisse damna, quod nisi facto calculo constare non potest: ac proinde ante calculum non est quid liquidum, pro quo possit executio locum habere. Habes exemplum simile in emptione *in l. 2. ff. de in diem addictione*; aliquando enim pura est sed sub conditione resoluitur, aliquando est conditionalis: sic promissio prima liquida est sed sub conditione fit illiquida: secunda verò sub conditione est liquida, id est perfecto calculo.

25 Ad primum argumentum dicito, verissimum esse, non debere retardari executionem liquidi pro illiquido. Capitale autem societatis non censeri liquidum, donec peragatur calculus, cum constare non possit, quousque fiat, an in societate damna contingerint, ac propterea capitale sit, vel non sit diminutum. Hæc autem liquidatio non potest breuiter, & summariè fieri cum debeat præcedere calculatio, quæ ex se difficilis est, & tarda, & infinitis ambagibus inuoluta.

26 Ad secundum, & tertium argumentum responde, præsumi quidem negotiationem lucrosam, & capitale societatis saluum; sed non sat esse istam præsumptionem, vt ex illa possit fieri executio, cum contra illam possit ex calculo constare contrarium, executio autem debet fieri pro quantitate certò debita, & liquida, & de qua non per præsumptionem, sed per instrumentum visibile, & legibile constet.

SVMMA DISPVTATIONIS Octauæ.

1 *Varietas Doctorum circa difficultates huius disputationis.*

2 *Interesse est æstimatio illius, quod alicui abest culpa alterius, aut causa.*

Interesse est damnum emergens, aut lucrum cessans, ibid.

Multa discrimina versantur inter duo ista genera interesse ibidem.

Non est per conditio eius, qui damnum sentit, et eius, qui lucrum non capit, ib.

Amissio fructuum potius adscribenda est damno emergenti, quàm lucro cessanti, ib.

3 *Contra inopem, et decoctum currit interesse damni emergentis, sed aduersus eum non habet locum interesse lucri cessantis.*

Ille, à quo exigitur lucrum cessans debet esse soluendo, ib.

4 *Interesse in genere in omni contractu promitti potest.*

5 *Interesse potest deberi absque mora debitoris, dum tamen deducatur in pactum.*

6 *Taxatio certi interesse in sex casibus frequentius ad ijcitur.*

7 *Taxatio interesse exposita est vsurariæ prauitati.*

Vsura

Vsura omni iure est vetita, ibidem.
Vsura est lucrum ex mutuo vero, vel interpretatiuo, ibid.

DISPVTATIO VIII.

Vtrum instrumentum obligationis pro interesse liquido taxato ab initio contractus possit executioni mandari absque alia probatione.

1 Mirum est quantum Doctores varient in extricatione difficultatum, quas inuoluit præsentis disputationis titulus. Sunt autem duæ. Prima, vtrum interesse inter contrahentes possit taxari ab initio contractus. Secunda, dato quòd possit, & interesse taxatum sit, & de illo fiat instrumentum, vtrum possit executioni mandari pro interesse taxato ab initio contractus absq; alia vlteriori probatione.

2 Oportet autem ad vtriusque examen præmittere. Primò, interesse, seu id, quod interest, non esse aliud, quàm æstimationem eius, quod alicui abest alterius culpa, aut causa, seu quia damnum recipit amittendo sua, seu quia lucrum non acquisiuit. Sic notat *Caluinus in lexico, verbo Interesse*, prosequitur *Hermosilla ad glossam 4. ex num. 7. in leg. 10. tit. 1. part. 5*. Itaque tunc alicuius dicitur interesse, cum ei alterius culpa, aut causa, quod habet adimitur, quod est damnum, aut quod erat acquisiturus, non acquirit, quod est cessare lucrum. Quod fit vt interesse sit, aut damnum emergens, aut lucrum cessans, *l. non vtique 3. §. fin ff. de eo quod certo loco, l. si commissa 13. ff. rem ratam haberi, l. quidquid 7. C. arbitr. tut. l. vnica, in fin. C. de sent. quæ pro eo quod interest proferunt*. Versantur autem multa magnaque discrimina inter duo ista genera interesse, videlicet inter interesse lucri cessantis, & damni emergentis, *l. proculus 26. in fin. ff. de damn. infect.* Non est enim par conditio eius, qui damnum sentit, seu debitum amittit, & eius qui lucrum non capit, *leg. ad si quis 14. §. Sed etsi res, ff. de religios. & sumpt. funer. l. vltima, §. Si quis verò, C. de codicill. l. scimus vltima, §. Sin verò creditores, C. de iur. deliber. l. vltima, §. Sin autem, C. de acquirend. possess.* Et inde oriuntur diuersi effectus, quos considerant *Baldus in Auth. perpetua, numer. 2. C. de sacros. Eccles. Paulus de Castro cons. 37. vt benè attingatur, numero 5. 2. part. Petrus de Ancharrano cons. 37. contra Ioannes, numer. 2. Decius consil. 410. in causa mota. num. 4. Gregor. Lopez in l. 2. tit. 1. part. 4. gloss. 2. Petrus Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 48. ff. solut. matr. Gaspar. Roderic. de annuis redit. lib. 3. q. 5. ex numer. 20. Cacherau. decis. 95. num. 42. Franch. decis. 101. numer. 7. & 8. Magonius decis. Florentinæ 132. num. 15. Salon. de iustit. & iur. tom. 2. quæst. 78. art. 2. controu. 9. numer. 2. Scaccia de commercijs, §. 1. quæst. 7. part. 3. ampliat. 8. ex numer. 271. Thuscus litera D. conclus. 14. & litera L. conclus. 453. Castillo quotid. controuers. lib. 2. cap. 1. num. 22. & ex num. 78.* Dùm tamen aduertas, amissionem fructuum potiùs adscribi damno emergenti, quàm lucro cessanti, vt notarunt *Rodriguez dict. quæst. 5. numer. 26. versic. Hoc tamen, Gratian. discept. forens. tomo 1. capit. 67. num. 22. & tomo 2. cap. 387. numer. 7. Ponte decis. 34. numer. 36. in fin. Seraph. decis. 1284. numer. 2. & 3.*

3 Inter quæ discrimina illude si notatione dignum, quod vsufrequentissimum esse solet, vt tametsi contra inopem, & decoctum currat interesse damni emergentis, aduersus eum tamen locum non habeat interesse lucri cessantis, vt docuit *D. Antonin. 2. par. summ. tit. 1. cap. 7. §. 12. Angel. Clauasius in summ. verb. Pœna, numer. 13. in fin. Syluest. in summa eodem verb. nu. 18. in fin. Rebuff. in repet. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest. glos. 1. num. 56. & in glos. proferuntur, nu. 49. & in glos. vlt. num. 32. Conradus de contractib. quæst. 31. & quæst. 85. Afflictis decis. 20. num. 3. Minadous decision. 17. Bellonus decis. 99. num. 2. & 3. Martha decis. 165. numer. 10. Seraphin. decis. 2434. Thusc. litera L. concl. 453. num. 11. Rolandus cons. 35. num. 25. vol. 1. Gutierrez de iuram. confirmat. 1. part. cap. 2. num. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 119. n. 3. Riccius collectan. 1432. Bursatus cons. 68. num. 2. & 40. libr. 1. Scaccia de commerc. §. 1. q. 7. par. 2. ampliat. 8. nu. 100. Hania Volaño de commerc. lib. 2. cap. 2. num. 14. Visconte concl. iuris, verb. Interesse, col. 3.* Et ratio est, quia vna ex conditionibus, quas Doctores requirunt, vt possit iustè exigi interesse lucri cessantis, est, vt ille, à quo est exigendum, sit soluendo, à paupere verò, & inope exigi non potest, vt notarunt *Angel. vbi sup. Salon. d. art. 2. controuers. 8. numer. 18. Ioann. Medina de rebus, per vsuram acquisitis, quæstion. 3. col. 13. §. conditiones, vers. 5. conditio, Salas de contract. tract. de vsuris, dubio 20. num. 13.* vbi alios refert, *Gasp. Rodericus de annuis reditib. lib. 3. q. 8. nu. 20. Filliuc. moralium quæ tom. 2. tract. 34. 2. par. cap. 5. num. 105. vers. 2. conditio, Bonacina Theologiæ moral. tom. 2. tract. de contractibus, disp. 3. quæst. 3. puncto 7. n. 2. §. Secunda conditio est.*

4 Secundò præsupponendum est in omni contractu posse stipulari, & promitti interesse, in genere non taxatum, neque reductum ad certam quantitatem; veluti si quis promittat damna, & expensas, & interesse, nisi faciat, aut nisi soluat quod promisit. Quamuis enim quidam dubitauerint, an possit interesse lucri cessantis etiam in genere in pactum deduci, quos commemorat *Molina de iustit. tract. 2. disp. 315. nu. 10.* in communiorem sententiam itum est, vt de hoc nulla iam sit probabilis dubitatio. Hoc autem interesse incertum, & illiquidum, postquam promissionem non impleuit debitor, liquidatur, & ex incerta quantitate per probationes reducitur ad certam, & liquidam. Sed difficultas est solum de interesse certo, & ad certam quantitatem reducto, an possit ab initio contractus stipulari, & promitti, veluti si quis promittat, interim dum non soluat quantitatem centum ducatorum mutuo acceptorum, soluere singulis annis ad rationem septem pro centenario vltra sortem principalem ratione interesse.

5 Tertiò deinde statuendum est tanquam certius, & probabilius iuxta sententiam communiorẽ Theologorum, & Iuristarum, interesse, & posse deberi, & stipulari, & promitti etiam absque mora debitoris, dum tamen verè intersit. Quamuis enim regulitet verum sit, non deberi interesse, nisi a tempore moræ, *l. socium qui 61. cum glossa ibi, ff. pro socio, l. 3. § fin. ff. de eo quod certo loco, leg. cùm quidam 17. in princip. ff. de vsuris, Stephanus Forcatulus tract. de mora, 2. par. 2. ex num. 1. Cagnolus in l. curabit, numer. 52. & 53. C. de act. emp. Carrocius in additionib. ad consil. Decij 116. ex numer. 12. Sotus de iust. & iur. lib. 6. q. 1. artic. 3. conclus. 4. Salas de contractib. tract. de vsuris, dubio 18. num. 4. Scaccia de commercijs, §. 1. q. 7. 2. part. ampliat. 8. ex numer. 100. Castillo quotid. controuer. lib. 2. cap. 1. ex num. 57. Hermosilla ad glossa 4. num. 21. l. 10. tit. 1. part. 5.* verum tamen id ita intelligendum, & limitandum est, si interesse non sit in pactum deductum. Nam si in pactum deducatur, debebitur etiam absq; mora, tàm interesse damni emergentis, quàm lucri cessantis, vt adnotarunt *Caietan. 2. 2. q. 62. art. 4. et q. 78. art. 2. sup. solutione ad 1. in & summ. verb. Vsur.*

Quar-

Quartus casus, *et vers. Quintus casus Nauarrus in Manuali*, *cap. 17. num. 211. vers. Et quod inter omnes, et in commentario de vsuris, super cap. si fineraueris 14. q. 3. notabile 15. nu. 42. et 43. cum sequentibus, Couarruuias lib. 3. var. cap. 4. num. 5. versic. Item, et illud Barbosam in l. 2. in principio, 1. par. n. 48. circa finem, ff. solut. matrim. Gasp. Roderic. de annuis redd. lib. 3. q. 8. ex numer. 14. Salon. de iust. et iure, tom. 2. quæst. 78. art. 2. controuers. 8. num. 9.* qui refert plurimos, & dicit, esse communem sententiam Theologorum, & Iuris peritorum, *et num. 10. et controuersia 9.* latè *ex num. 16. Molina de iustitia, tract. 2. disp. 315. ex numer. 9. Lessius de iustit. et iur. lib. 2. cap. 20. dubitat. 11. ex num. 88. Salas vbi supra, & dub. 19. ex num. 2. Azor. instit. moral. 3. part. lib. 7. tit. de mutuo, cap. 7. q. 3. §. Secunda est sententia*, qui plurimos allegat, *Filliuc. moral. quæst. 1. tomo 2. tract. 34. par. 2. cap. 4. num. 69. et 78. Bonac. Theolog. moral. tomo 2. tract. de contr. disp. 3. q. 3. punct. 4. num. 2. et numer. 12. Hermosilla in d. glossa 4. nu. 22. in l. 10. tit. 1. part. 5.*

6 Quartò præsupponendum est, taxationem certi interesse in sex casibus frequentius adijci solere. Primò in promissione facti, vt si quis promittat scribere librum, aut, construere domum, quod si non fecerit, se obliget ad soluendum centum nomine interesse. Secundo in contractu constitutionis dotis, vt si pater vxoris promittat dotem genero, & interim, dum eam non soluit, soluere ad rationem quinque, vel septem pro centenario. Tertio, in restitutione dotis: vt si hæredes mariti obligati ad restituendam dotem mille ducatorum, viduę conueniant cum illa de soluendo illi ad rationem quinque, vel septem pro centenario, dum dotem non restituunt. Quartò, in emptione, & venditione: vt si venditor stipuletur ab emptore, dum pretium non soluit interesse ad rationem septem pro centenario. Quinto, in mutuo, vt si mutuator stipuletur à mutuatario tempore mutui quinq; vel septem pro centenario pecuniæ mutuatæ singulis annis ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, dum pecuniam mutuatam non restituerit. Sextò, in cambio: vt si campsor ab initio cambij taxaret decem, vel quindecim pro centenario vsque ad primas nundinas, & recambia ad eandem, vel maiorem rationem.

7 Quinto tandem aduertendum est, totam difficultatem huius dispositionis ex eo ortam esse, quòd taxatio interesse ferè in omnibus istis contractibus exposita, & obnoxia sit vsurariæ prauitati, eamque sapiat, & videatur vsuris occultis, & palliatis locum facere, sub specie iusti contractus super interesse. Quæ personata vsurarum imago magnum hiatum, & voraginem vsuris non à multis hinc annis patefecit, si credimus *Dominico Soto de iustitia, & iure lib. 6. quæstione 1. articulo 3. paulò ante quintam conclusionem*. Nam cùm vsura, quæ omni iure vetita est (vt animaduertit *priore tom. titulo 1. disputatione 3. numer. 11. 12. & 24.* præter eos, quos ibi retuli notat *Corrasius, Miscellaneorum lib. 7. capit. 10.*) non aliud sit, quàm lucrum ex mutuo vero, vel interpretatiuo, & virtuali, vt docent, & explicant *Soto dicto libro 6. quæstione 1. articulo 1. in principio columna 2. Couarruuias libro 3. variarum capite 1. num. 2. versiculo. Hinc iustissime, Raudensis de analogis, capite 12. numer. 23. & 24. Riccius collectan. 1438. Tepatus in compendio variarum, titulo 170. in principio, versiculo, vsuræ, Molina de iustitia, tractat. 2. disputatione 303. ex numero 5. Bañes 2. 2. quæstione 78. articulo 1. in commentario, titulo de diffinitione vsuræ versiculo, Pro harum diffinitionum, Lessius de iustitia & iure, libro 2. capite 20. dubitat. 3. ex numero 18. & numero 21. Rebellus de obligationibus iustit. 2. parte libro 8. quæstione 1. numero 2. & 3. Salas de contract. tractat. de vsuris, dub. 1. numer. 3. Filliucius moral. quæstione tractat. 34. 1. parte capite 10. numero 2. 6. & 2. parte capite 1. num. 3. & 4.* & in quinto ex prædictis casibus interueniat mutuu verum, & formale, in alijs, excepto primo, mutuum virtuale, & interpretatiuum; etenim quoties datur dilatio ae soluendam pecuniam, videtur pecunia mutuo data, fit, vt eùm quidquid vltra sortem accipitur, fit vsura, verendum sit, nè sub nomine interesse exerceatur vsura, quę à Christiana Republica exterminanda est. Et maioris claritatis gratia hanc disputationem diuidemus in sequentes sectiones.

SVMMA SECTIONIS.
Primæ.

8 *Doctores requirunt diuersas conditiones, vt possit exigi interesse.*

9 *Non potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicuius interesse.*

10 *Iudices, qui condemnant reum ad interesse, petitum, sine vlla probatione errant grauissimè in re graui, & periculosa, struuntque viam vsuris.*

SECTIO I.

De necessitate probationis ad exactionem eius, quod interest, iudicialem.

8 OMnes Doctores, qui de interesse tractant, seu damni, seu lucri, diuersas conditiones requirunt, vt interesse exigi possit, tàm quoad forum internum tuta conscientia, quam quoad forum externum salua iustitia. Ita inuenies apud doctores hucusque allegatos in hac disputatione, *& Ioannem Medina titulo de rebus per vsuram acquisitis, quæst. 3. §. conditiones igitur*, & cæteros Theologos qui loquuntur de foro interno. Nos agimus de foro externo, verum de foro externo Catholicorum hominum, qui viuimus in Republica non permittente vsuras, nec eas dissimulante, sed puniente, & exterminante, earumque personarum vultum cupiente detegere, addicta Catholicæ doctrinæ, abhorrenteque ad hæreticorum dogmatibus.

9 Prima igitur conclusio sit, & regula in hac materia, non potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicuius interesse, vel ratione damni, vel ratione lucri. Hæc conclusio sic intellecta de interesse in genere abstrahendo à taxato, vel non taxato, & ab hac, vel illa probatione, apud omnes absque difficultate recipi debet. Et probatur quoniam interesse est quid facti, *l. quatenus 25. ff. de regulis iuris*, vbi notat *Decius ex numero 1. Cagnolus ex num. 6. Igneus numero 85. Reuardus, statim in principio, Alciatus de eo, quod interest, capit. 2. numero 14. Rebuffus in repet. l. vnicę, C. de sentent. quæ pro eo quod interest; glossa ad verbum, Prout num. 6.* Facta autem non pręsumuntur, nisi probentur, *leg. si emancipati 9. C. de collat.* notant *Castellianus Cotta in memorialijs, verb. Facta Rebuffus in repet. l. diuus notabili 3. numero 24. ff. ad Sillanian. Balbus tract. de præscript. 1. par. 4. princip. quæst. 3. numero 3. Molina de primog. lib. 4. cap. 7. num. 33. Menoch. de præsump. lib. 6. presumpt. 14. Mascard. de probationib. tom. 2. conclus. 733. facta, Tuscus litera F. conclus. 10. Barbosa in l. Titia numer. 110. ff. soluto matrim. August. Barbosa axiomate 93. num. 27. & 28.* & passim hæc regula vsurpatur ab omnibus. Quare

ad

ad obtinendum in petitione interesse, probationem requirunt, *Glossa in cap. dilecti 17. verb. cum iustis, & moderatis expensis. de foro comp. Albericus in l. 1. num. 31. C. de Summ. Trinit. & fide Cathol. Decius in dict. l. quatenus, ex numer. 5. Igneus ex num. 86. Cagnolus num. 6. & num. 14. cum sequentibus, Bartol. in l. vnica ex num. 29. Cynus ex num. 26. Albericus ex numer. 27. Baldus ex num. 27. Salicetus ex numer. 28. C. de sent. quæ pro eo quod interest, Rebuffus ibidem glos. in verbo. In alijs. num. 40.* vbi dicit notandum perpetuo in praxi, *& gloss. in verb. Subtilitatem, ex numer. 1. & gloss. vltima, ex num. 25. num. 34. et num. 55. Paulus de Castro cons. 219. in causa quæ vertitur, num. 2. volum. 2. Afflictis decis. 20. & decis. 284. num. 2. et 3. Franchis decis. 21. n. 5. Puteus decis. 231. die 13. Ianuarij lib. 1. Gamma decis. 110. nu. 20. Mobedanus decis. 2. de vsuris, aliàs decis. 103. et decis. 3. eodem tit. aliàs decis. 208. Seraphinus decis. 186. Mascardus de probationibus, volum. 2. conclus. 934. Agenti ad interesse, ex num. 1. Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 51. in fin. et numer. 52. ff. solut. matrim. Hermosilla ad l. 10. tit. 1. part. 5. gloss. 4. num. 48. et 311. Escobar. de Ratiocin. par. 1. cap. 15. ex num. 6. Gaspar. Roderic. de annuis redit. lib. 3. quest. 5. ex num. 21. et q. 10. numer. 12. in fine cum sequentibus, Castillo, quot. controuer. libr. 2. cap. 1. nu. 47.* qui ait, hoc esse certissimum, & in eo nullum Doctorum dissentire, & quamplurimi alij, quos inferius sectionibus sequentibus, præsertim 6. referemus.

10 Ex qua conclusione infertur, iudices, qui condemnant reum ad interesse petitum, sine vlla probatione, errare grauissimè in re graui, & periculosa, struereque viam planam, & expeditam vsuris, in magnam Dei offensam, Reipublicæque Christianæ detrimentum; & proinde et iudicantes ex capite contra omnium DD. dogmata, & iuris principia teneri ad restituendum, & resarciendum damnum illatum condemnato. Neque hac in re excusabuntur stylo, quem vocant, aut consuetudine, quæ non solum non est rationabilis, sed est potius manifestus error, ac proinde in consequentiam non adducendus, *iuxta textum in l. quod non ratione 39. ff. de legibus* Maximè cum sit materia tangens ius naturale, contra quod nullus stylus potest præualere. Natus autem est ex eo, quod qui hunc, quem vocant stylum in praxim admiserunt, neque legerunt Doctorum scripta, neque expenderunt maxima incommoda inde prouenientia, & sic decepti sunt à Diabolo, qui non aliud ambit quam charitatem inter Christianos refrigerare inter eos introducere vsuras sub honesti nominis velamento, ab hæreticis nostri temporis approbatas, Catholicis moribus exosas, & damnatas: tanto nocentiores, quanto occultiores serpunt honestate nominis eius, quod interest, palliatæ. Certissimè enim hæc Respublica Neapolitana, imò & totum Regnum, ob istas inconsideratas condemnationes interusuriorum cuiusuis debiti in maxima versatur calamitate, & pernicie, & paulatim prolabitur in interitum, & depopulationem, deuorante illam voracissima bellua, quam ex Aristophane in nubibus commemorat, *Alciatus in l. vsura 121. nu. 3. ff. de verborum significat.* nisi quod Vulpes vestitur pelle Leonis vsura, inquam, vocatur interesse.

S V M M A   S E C T I O N I S

Secundæ.

11 *Casus istius sectionis est facili.*

12 *In promissione facti potest promitti interesse certum taxatum à partibus ex conuentione.*

13 *Recepta est Tribunalium superiorum consuetudo, vt pœna conuentionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit.*

14 *Pœna promissa in obligatione facti non exigitur, nisi culpa promissoris factum non impleatur.*

15 *Taxatio interesse in promissione facti, non valet in vim conuentionis, sed in vim probationis.*

S E C T I O II.

De interesse taxato in initio contractus, in quo promittitur factum.

11 Iste casus tantò est magis facilis, quantò plus distat à suspitione vsurarum, nam in hoc contractu quo promittitur factum, nulla cernitur imago mutui veri, vel interpretatiui.

12 Sit igitur secunda conclusio, quando promittitur factum, casu quo non fiat, potest promitti, aut ratione pœnæ conuentionalis, aut ratione interesse, certa quantitas taxata ex partium conuentione. Probatur apertè ex *textu in l. in vinsinali vltima, ff. de Prator. stipul.* de quo casu agi superius *eodem tit. disputatione 3. numer. 23.* Vbi resolui, quoniam in eo nulla inuenitur vsuræ suspicio, posse exigi hanc pœnam, vel interesse à stipulatore, nulla requisita probatione ex parte eius, quod tanti intersit, quantum in stipulatione continetur, modo pœna non sit excessiua, & interesse non transceodant lucrum, & damnum verisimile. Neque oportere hac in re scrupulosius versari, cum nullas adsit vsuræ palliatæ timor iuxta sententiam *Grammat. decis. 58. num. 6. & 8.* & doctissimi *D. Francisci Sarmiento, lib. 3. selectarum cap. 6. num. 11.*

13 Animaduerti quoque *dicta disputatione 3. numero 22.* receptissimam esse, inualuisseque multorum superiorum Tribunalium consuetudinem, vt pœna conuentionalis nō exigatur, nisi quatenus cum vero interesse cōcurrit. Tandem admonui, posse, & debere admitti promissorem ad probandum, si id offerat, nihil, aut multo minus interfuisse stipulatoris, quam in stipulatione continetur, id enim omni probationi commune esse, vt recipiat aliam meliorem probationem in contrarium, quod etiā animaduertit, *Menchaca quæstionum vsufrequent. libr. 3. cap. 60. num. 26.* Ex quo consequens est, vt instrumentum obligationis facti pro interesse taxato, non possit statim executioni mandari, nisi potest admissam rei probationem, aut quia nihil probet, aut quia ex probatione constet interesse esse minus, quàm in contractu fuerit expressum, cum ante non posse dici liquidum.

14 Illud oportet meminisse, si in obligatione facti adijciatur pœna, pœnam non posse exigi, nisi culpa promissoris factum non impleatur, vt si casu fortuito, sine culpa promissoris adueniat impotentia, aut insuperabilis difficultas. Nam pœna sine culpa esse non potest, *l. aliud est fraus 131. ff. de verborum significat.*

15 Ex prædictis manifestum est, taxationem interesse à principio in obligationibus facti non valere in vim conuentionis, cum sit de facto futuro, cuius contrahentes non possunt esse certi. Nam quis poterit certo scire, quanti sua interesset factum promissum factum non esse, nisi sit diuinator, aut propheta? Valet igitur ista taxatio in vim probationis, iuxta elegantissimam Menchacæ adnotationem *vbi supra numer. 25.* quam iterum habebimus obuiam *infra numer. 88.* & inde prouenit, vt admitti debeat ex altera parte probatio contraria.

SVMMA SECTIONIS Tertiæ.

16 *Patres cùm constituunt dotes filiabus, promittunt genero dotem accepta dilatione ad soluendum, & se obligant interim dum soluunt ad soluendum certum interesse.*

17 *Qui sentiant, hoc pactum esse vsurarium.*

Pactum de recipiendo aliquid vltra sortem est vsurarium, ibidem

18 *Contrariam sententiam qui amplectantur.*

19 *Multi requirunt, vt maritus sit negotiator, vt possit exigere interesse dotis taxatum à principio.*

20 Textus in capit. salubriter, de vsuris, *probat secundam sententiam.*

21 *pro explicatione* cap. salubriter, *distinguuntur duos casus.*

22 *Dos constituitur marito, vt sustineat onera matrimonij.*

23 *Maritus cui non soluitur dos incurrit damnum ex amissione fructuum.*

In traditione pignoris pro dote soluenda subintelligitur tacitè pactum de lucrandis fructibus, ib.

24 *Dotem constituta in pecunia tacitè actum videtur, nè pecunia conseruetur otiosa, sed implicetur.*

25 *Maritus non tenetur vxorem alere quandiu illi dos promissa non soluitur.*

26 *In promissione dotis potest adhiberi pactum de certo interesse soluendo interim dum dos non soluitur, & quomodo id intelligatur.*

27 *Statutum, quo taxaretur certa quantitas interesse soluenda marito interim donec dos non soluitur, esset iustum.*

SECTIO III.

De interesse taxato in constitutione dotis à principio inter maritum, & dotantem.

16 SOlent patres, cùm promittunt genero dotem pro filia, accepta dilatione ad soluendum capitale, dū ea gaudent, promittere certam quantitatem annuam soluendam ad rationem septem, vel octo pro centenario. De quo contractu dubitatum est apud Doctores, tum circa iustitiam, tùm circa executionem.

17 Prima sententia est, eiusmodi pactum esse vsurarium, & ineficax, ac proinde interesse taxatum ab initio in constitutione dotis non posse peti. Ita sentit *Ioannes Andræas in capit. salubriter 16. numer. 1. de vsuris*, & ibi eum sequuntur *Ioannes de Anania numer. 5. ex versiculo. Quid autem si ille, & numer. 6. Zabarella ibidem in fine capitis, Butrius numero 6. D. Antoninus 2. parte summæ, titulo 1. capite 7. §. 27. Ancharranus consilio 150. in quæstione quæ vertitur, numero 4. Laurentius de Rodulfis in capite consuluit de vsuris, quæstione 53 numero 36. Ambrosius de Vignate ibidem, num. 13. & 14. tomo 7. tract. Alexander consilio 221. super titulo quæstionis, numero 7. versiculo. Nec prædictis libro 2. Decius consilio 3. numer. 5. conclus. 39. iuridicam, numero 5. & consil. 119. numer. 7. versiculo, Secundò ad hoc, & in capite cum venerabilis, numer. 65. de excep. Campegius tractat de dote, 2. parte quæstione 0. num. 1. in fine, Ioannes de Imola in leg. in insulam 43. §. vsuras, numero 6. & 7. Paulus numer. 4. Alexander num. 3. 4. & 5. ff. soluto matrimonio. Socinus consilio 88. num. 18. & consil. 130. numer. 10. volumine 4. Laurentius Siluanus consil. 10. numer. 46. Craueta consil. 189. num. 7. versiculo, Quintus casus iuncto versiculo, Sed tamen subsistendum, Ioann. Lupus in capite per vestras, notabili 6. in principio, numero 8. ex versiculo, Et hinc est, & §. 8. num. 3. & numer. 6. de donat. inter, Plotus de in litem iurando, §. 11. numer. 15. 16. & 17.* vbi concludit, taxationem nihil valere factam à principio, & interesse peti non posse, tanquam ex pacto fœneratitio, nisi testibus, vel instrumentis probetur verum interesse, *Catellianus Cotta in memoral. verb. Dos soluto matrimonio, versic. An autem possit recipere. Valascus consultat. 8. nu. 5.* tametsi agnoscat practicari contrarium *Mascardus de probationib. volum. 1. conclus. 934. numer. 33. Grassis de exceptionibus except. 28. numer. 73.* Fundamentū non est aliud, quam quod pactum de recipiendo aliquid vltra sortem, sit vsurarium, cùm vsura sit lucrum ex mutuo vero, vel interpretatiuo. In hoc verò casu cernatur mutuum interpretatiuum, cùm detur dilatio ad soluendam sortem principalem. Ac per consequens hoc pactū censetur adiectum in fraudem vsurarum paliatarum sub nomine interesse.

18 Secunda sententia ait, pactū de certo interesse in constitutione dotis dum capitale non soluitur, esse licitum, & proinde illud interesse deberi peti, & exigi posse, dummodò sit moderatum, & verisimile. Hanc amplectitur *Abbas Panormitanus in dict. cap. salubriter 16. numer. 3. Ancharranus num. 3. de vsuris, Baldus nouellus de dote, 7. part. priuilegio 3. num. 3. & 4. Alexand. consil. 31. & consil. 200. libr. 6. Syluester in summa, verb. Vsura 3. num. 3. Angelus, verb. Vsura 1. num. 25. in fin. Couarruuias lib. 3. variar. cap. 1. num. 3. versiculo 4. hinc poteris dici, qui pro eadem allegat Adrianum Gabrielem, Ioan. Maiorem, Almaynum, Conradum, & alios, Molina de primogen. libro 4. capit. 5. numero 5. & 6. Gaspar. Rodericus de annuis redit. lib. 3. quæst. 7. numer. 44. & numer. 60. & quæst. 8. ex num. 14. propriè numero 18. Felicianus de censib. tom. 1. libr. 2. cap. 5. ex numer. 21. Gamma decis. 272. & ad eum locum Flores de Mena, Messia de taxa panis, conclus. 2. num. 76. & 77. Ioseph. Ludouicus decis. Lucens. 21. ex num. 17. Rota diuersorum, decis. 244. 4. part. Rota apud Farinacium decis. 331. numero 5. 1. part. Vitius decis. 424. Grassis de exceptionib. exceptione 32. nu. 86. Fontanella de pactis nuptial. tom. 2. clausula 5. glossa 9. ex num. 1. Molinus de pactis nuptialibus, lib. 3. quæst. 39. ex num. 1. Nauarrus in comment. de vsuris, notabili 21. numer. 67. Aragon. 2. 2. quæst. 78. artic. 2. in explicatione super solutione ad 6. §. quare his sententijs omissis, versicul. Ex hoc infero 1. Bañes ibidem in commentario super d. solutione ad 6. argumentum D. Thom. §. item sequitur tertia conclusio, Salon in eodem artic. 2. controuersia 14. numer. 5. §. sequitur tertio, cum versiculis sequentibus, Molina de iustitia, tract. 2. disput. 321. num. 17. Lesius de iustit. & iure lib. 2. cap. 20. dubit. 16. num. 142. in fin. Rebellus de obligationib. iustitiæ, 2. part lib. 8. quæst. 12. nu. 7. Salas de contractib. tract. de vsuris, dub. 29. num. 8. Baeza de non meliorandis ratione dotis filiabus, cap. 25. nu. 8.* quamuis non loquatur de interesse taxato, ait, hoc interesse dotis non solutæ deberi marito, etiam si non sit mercator, neque solitus negotiari; quod animaduertit quoque *Gaspar Rodericus dictæ quæstione 8. numero 17.* adijciens rationem. Quoniam quod quis sit solicitur negotiari, requiritur, vbi agitur de interesse lucri cessantis, iuxta communem traditionem *Doctorum in l. 3. §. nunc de officio vltimo, ff. de eo, quod certo loco,* secus vbi agitur de interesse damni emergentis, quod debetur damnum passo, etiam non solito negotiari, *l. proinde 22. l. inde Neratius 23. ff. ad leg. Aquil.* iuxta egregiam adnotationem *Caguoli in l. vnica, num. 48. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, & Mascard. in d. conclus. 934. num. 16. Aragon 2. 2. quæst. 78. art. 2. in explicatione ad finem,*

finem, §. quarè his sententijs omissis. Maritus verò, cui dos non soluitur versatur in damno. quod incurrit sustinendo onera matrimonij sine dote, in quo plane deceptus videtur, *l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. causa data*.

19 Oportet autem animaduertere ex Doctoribus hanc sententiam sequentibus, antiquiores, videlicet Abbatem, Ancharranum, Baldum nouellum, Alexandrum, Syluestrum, Angelum, & ceteros, qui requirunt, vt possit exigi hoc interesse taxatum eam conditionem, vt maritus sit negotiator, planè requisituros etiam, vt hoc interesse exigi possit, probationem huius qualitatis in marito, quòd sit solitus negotiari. Reliqui vero, qui hanc qualitatem non requirunt, videntur nullam aliam probationem requirere, cùm de qualitate illa, quòd interesse sit moderatum, & verisimile notoriè constet, præcipuè si iste contractus celebretur in Ciuitatibus, aut Prouincijs, in quibus frequentatur emptio censuum, seu annorum redituum, & suppetunt frequentes occasiones similium emptionum, vt animaduertit *Couarruuias libr. 3. variarum dicto c. 1. n. 3. versiculo, Sexto hinc in fine*, agens de interesse taxato in restitutione dotis, quod etiam ad constitutionem rectè potest extendi.

20 Fundamentum huius sententiæ est *textus in capite salubriter de vsuris*, quo statuitur generum recipientem pignus fructiferum pro dote non soluta, non obligari ad fructus pignoris in sortem computandos, sed eos habere posse præcipuos vltra sortem, quousque illi dos soluatur pro sustentandis oneribus matrimonij. Cùm tamen regula sit in contrarium, nempe fructus ex pignore collectos, computandos, esse in sortem principalem debitam eamque diminuere, *l. 1. & 2. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pignor.* alioqui fructibus pignoris in sortem non computatis committi vsuram, *cap. cum contra 6. de pignor. capit. 1. & 2. capit. conquestus 8. de vsuris, Petrus Gregorius tractatu de vsuris, libro 2. capite 9. ex numero 1. Salas de contractatu de vsuris, dub. 28. ex numero 2.* Ex ratione autem illius *textus in dict. cap. salubriter 16. de vsuris*, plane colligitur, idem fore si gener stipuletur à socero dum dotem non soluit, certam annuam pecuniam pro sustentandis matrimonij oneribus, vt videlicet istam quantitatem sic receptam non teneatur ex computare in solutione capitalis dotis, sed eam possit habere præcipuam. De huius textus expositione latè agit *Petrus Gregorius tract. de vsuris, lib. 2. cap. 12. Gaspar Rodericus de annuis reddit. lib. 3. quæst. 7. ex num. 41. Felicianus de censibus, tomo 1. libro 2. cap. 5. ex numer. 20. Nauarrus in commentario de vsuris, ex num. 64. Barbosa in l. de diuisione 5. numer. 1. & ex versic. Infertur etiam, ff. soluto matrimonio Auendaños de censibus cap. 10. ex num. 1. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 5. num. 16.* vltra ordinarios, & præcitatos Doctores.

21 Ego existimo, secundam sententiam esse probabiliorem. Verum pro maiori eius explicatione, & reddenda ratione *textus in dicto capite salubriter*, qui apud Doctores reputatur difficilis, in primis aduerto, distinguendos esse suos casus. Primus est, quando dos promittitur genero in bonis stabilibus fructiferis, puta, domo, fundo annuis introitibus, ex quibus omnibus fructus percipiuntur, quo possint onera matrimonij substineri, quibus supportandis frequentius dotis fructus non sufficiunt, vt rectè considerauit Innocentius author *textus dicto cap. salubriter*. Secundus est, quando dos promittitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis, & fructus habere nō potest *l. vsur. 121. ff. de verb. sign.* quo fit, vt acquisitio lucri ex pecunia præter naturam sit, docente *Arist. lib. 1. Politic. cap. 7.*

22 Secundo deinde aduerto, dotem constitui marito in matrimonio, vt eius onera sustineat, dum matrimonium durat, *l. pro oneribus 16. C. de iure dotium*, videlicet, vt vxorem alat cum familia, educet filios, & omnia vt diligens paterfamilias administret; illo verò finito, dotem integram vxori, aut hæredibus eius restituat, ac proinde illā constante matrimonio conseruet. De istis, & alijs oneribus matrimonij latè agit *Petrus Gregorius in sintagmate iuris vniuersi, lib. 9. c. 19. & 20.* onera verò, quæ hic commemorauimus retulit *Dominicus Soto de iustitia & libr. 6. quæstione 1. artic. 2. post solutionem ad argumenta, versiculo, Igitur Adrianus* à quo quamuis discedere videatur non distat, *Salon. 2. 2. tomo 2. quæst. 78. art. 2. controuers. 14. num. 3. & alij, vt Nauarr. comment. de vsuris, num. 65.*

23 Ex quibus plane fit, vt in primo ex supradictis casibus si dos statim non soluatur, maritus incurrat damnum amissionis fructuū quos ex bonis stabilibus in dotem promissis percepturus erat, & ex quibus oneribus matrimonij satisfacere debeant. Quæ amissio fructuum damnum est, vt notaui *supra num. 2. in fine*. In huius autem damni satisfactionem, & restaurationem, mirum non est, si possit lucrari fructus pignoris pro securitate solutionis constitutæ loco sibi datis, loco illorū, quos ex bonis, stabilib. promissis in dotē erat percepturus. Idq; nulla habita ratione, an sint plures, an pauciores, cùm ferè semper fructus dotis non sufficiat ad onera matrimonij supportanda. Ac proinde non procul aberrant à vero, qui existimant, in illa traditione pignoris pro soluenda dote dati, tacitè subintelligi pactum de lucrandis fructibus ex pignore perceptis in locum percipiendorum ex dote, iuxta adnotationem originalem *Cayetani 2. 2. quæstione 78. art. 2. §. in responsione ad sextum argumentum Nauarrus in commentario de vsuris, notabili 21. numero 65. versiculo, Quare videtur reddenda septima ratio, cum numer. 66. Couarruuias libro 3. variar. capit. 1. numer. 3. versiculo, Secundo constat, Petr. Barbosa in l. de diuisione 5. nu. 1. in fine, & uno numero 2. ff. soluto matrimonio, & Michaelis Solon. 2. 2. dict. quæst. 78. art. 2. controuers. 14. num. 4. Salás de contract. tract. de vsuris, dub. 29. num. 6.*

24 In secundo verò casu, vbi dos constituitur in pecunia numerata, quæ ex se infructuosa est, est maior difficultas, quam rectè expendit *Salas vbi supra dicto numero 65. sed hæc interpretatio*. Verùm ex ijs, quæ dicta sunt rectè expensis superatur. Nam cùm pecunia dotalis detur marito, vt ex ea constante matrimonio eius onera sustineat, soluto vero eam restituat, tacitè actum videtur, ne eam conseruet otiosam: alioqui ad nihil deseruiret, si in arca seruaretur, neque in aliquo maritum iuuaret: si verò expenderetur capitale ipsum, onus restitutionis esset grauius, quàm vtilitas expensæ commoda. Traditur itaque marito, vt eam implicet, suo tamen periculo, uel in emptione stabilium reddentium fructus, uel in emptione redituum annuorum, seu censuum, ex quorum redditibus onera matrimonij supportet, uel in aliqua lucrosa negotiatione, ex qua lucrum acquirat. Quod apertius solet caueri in capitulis matrimonialibus, quæ in hoc Regno fiunt: nim enim est, ut pecunia dotabilis detur marito libera, & explicita, sed expresse cauetur, ne debeat implicari in emptionem stabilium, uel annorum introituum, tùm ut sustententur onera matrimonij, tùm ut securior sit tempore soluti matrimonij restitutio. Quo fine solet apud publicum Bancum deponi uinculata, nè inde extrahatur, nisi pro facienda simili emptione. Si igitur in contractu dotali, quo promittitur pecunia, tacitè agitur, ut pecunia conuertatur in emptione rerum fructiferarum, aut in lucrosam negotiationem, ex quarum fru-

ctibus,

ctibus, & lucro sustineantur onera matrimonij, planum est, maritum dum illi non traditur dos etiam pecuniaria, carere fructibus, & lucro, quæ percepturus erat ex pecunia implicata, non secus ac careret fructibus dotis in rebus stabilibus consistentis, ac per consequens non secus percipere possit, & stipulari legitimè & tuta consciētia, restaurandi huius damni gratia, certam annuam pecuniam, dum illi dos non soluitur. Quod indicasse videtur *Hostiens. in d. cap. salubriter. num. 5.*

25 Adijcit Felicianus (& non displicet, quia cum hoc ipso coincidere videtur) *d. libr. 2. de censibus, cap. 5. num. 20. §. pro vera tamen.* maritum non teneri vxorem alere, quamdiu illi dos promissa non soluitur cùm eam possit à domo expellere, *l. generaliter vltima. C. ad Velleian. Alexander notauit cons. 56. num. 10. lib. 4. & in l. in insulam 43. §. vsuras, numer. 1. ff. soluto matrim. Socinus regula 315. aliàs liter. M. regula. 11. Boerius decis. 22. ex num. 1. Couarruuias de matrimonio, 2. part. cap. 7. in principio, numer. 2.* qui tamen eam sententiam moderatur, *& Rebellus*, similiter eam limitans *de obligation. iustitiæ, 2. part. libr. 5. quæst. 10. sectione 4. ex numero 29. Lara in leg. si quis à liberis, §. si quis ex his, numer. 50. ff. de liber. exhiben. Nauarrus cons. 59. numer. 3. de regularibus, Ioann. Lupus in repet. cap. per vestras, notabili 3. in princip. ex num. 2. de donat. inter, Petrus Gregorius in syntagmat. iuris libr. 9. cap. 19. numer. 3. Cacheran. decis. 132. num. 18. Aufrerius ad decis. Tholos. 87. numer. 3.* Cùm ergo maritus dote adhuc nō soluta sustineat onera matrimonij alendo vxorem, & eius familiam, quod non debebat, vt docet *Gloss. in Authent. de non eligendo secundo nubent. in §. illud quoque dudum, verb. Onera,* Imponens sibi onus, & obligationem, ad quam non tenebatur, fit, vt pro illo onere possit licitè, & absque vsuræ vitio recipere, aut fructus pignoris pro solutione dotis dati, aut certam annuam pecuniam, interim dum dos non soluitur promissam. Quemadmodum potest, qui pro alio fide iubet pro subeundo onere fideiussionis, cui sponte se subijcit, pretium conuentum accipere, vt est commune Doctorum placitum, iuxta textum *in l. si remunerandi 6. §. Maurus, ff. mandat. & in l. sioc. iure 19. §. Labeo, ff. de donat. Tradunt Couarruu. libr. 3. variar. cap. 2. num. 6. Auend. de exequend. mandat. 2. parte capit. 12. numer. 12. versic. Et videtur, in fine, Didacus Perez in Rubric. titul. 2. lib. 8. Ordinamenti pag. 23. col. 2. versic. Quæro successiuè, Valascus consult. 18. Menesius in l. rem maioris 2. numero 27. Cod. de rescind. vend. idem Felician. de censib. tom. 1. libr. 1. capit. 10. numero 14. vers. Tum quia, & vbi supra, Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 12. ex num. 7. Molina de iustitia, tractat. 2. disputat. 319. Mantica de tacitis, & ambig. conuent. libr. 16. tit. 2. Ioann. Lupus de vsuris in cap. nauiganti, comment. 3. §. 1. numer. 19. Heringius de fideiussor. capit. 26. ex numero 119. Pirrus Maurus de fideiussor. 2. part. sect. 2. c. 2. Caballus resol. crimin. cas. 285. Baeza de decima tut. c. 2. numer. 82. Surdus cons. 316. volum. 3.* Quo fit, vt dispositio *d. c. salubriter*, procedat ex particulari natura contractus dotalis, non ex fauore dotis, vt nonnulli sentiunt.

26 His positis, fit tertia conclusio, in constitutione dotis potest is cui promittitur, stipulari certam annuam quantitatem à socero, vel alio dotante, donec dos soluatur, & promittens ex promissione manebit obligatus, neque ad huius obligationis executionem necessarium erit probare, quanti intersit stipulatoris. Ratio huius cōclusionis est, quoniam taxatio certæ illos quātitatis, quāuis videatur redolere interesse, quatenus solet conformari vtilitati, quam maritus poterat percipere ex quantitate dotis implicata in emptionem annuorum redditum & in strumento soleat apponi verbum, *Pro interesse dotium, aut interusurio*, re vera non est taxatio interesse, sed ex natura contractus dotalis est quædam taxatio cuiusdā adiumenti impensæ pro sustinendis oneribus matrimonij, quo dotās vult succurrere marito, interim dum non soluit dotem, quæ prædictis oneribus supportandis deseruitura erat, & quasi quædam, *Ayuda de costa*, vt vulgo dicimus seu subuentio. In qua non scrupulosè, & minutatim cernitur, id quod interest stipulatoris sit, ne plus, vel minus, sed promittitur habito respectu ad onera matrimonij, quibus supportandis ferè nunquam sufficiunt hęc, & alia subsidia, & vtilitates ex dote, aut eius occasione percepta, vt in *dicto cap. salubriter*, testatur Pontifex. Ad eundem modum, quo taxantur alimenta, non habito respectu ad præcisam necessitatem eius, qui alendus est, ita vt neque aliquid ex alimentorum impensa supersit, neque ad illam desit quod esset strictissimū arbitrium, sed arbitrio paulo largiori, spectata necessitate alienandi morali, non mathematicam. Sic contingit in taxatione istius quātitatis in impensam onerum matrimonialium erogandæ, dum dos non soluitur. Non enim spectandum est, an mariti plus, minusuè intersit, sed veluti transigeretur cum ipso, spectatis oneribus matrimonij super ipsis, quibus sponte se subiecit, quæ tamen subire ante solutam dotem iniquum esset, nisi accederet spontanea voluntas, *iuxta text. in l. si donatur. 9. §. 1. ff. de cond. causa data, & gloss. in verb. Onera, in Auth. de non eligen. secund. nubentes, §. illud quoque dudum,* vt ex prædictis manifestum est. Ita fit, ut decisio *text. in d. c. salubr.* contineat specialitatem ratione cōtractus dotalis, neque fundetur præcisè in interesse mariti, quæ ratio generalis esset, aptaque comprehendere quemlibet aliū contractum, ut rectè monuit *Nauarr. comment. de vsuris, numer. 64. 65. & 66.* Ex quibus etiam facilè diluitur fundamentum prioris sententiæ.

27 Hinc etiam deducitur, non fore iniquum, sed validum potius, & iustum statutum, quo sanciretur, constante matrimonio, interim dum dos promissa marito non soluitur, ut detur illi à socero, uel alio dotante certa annua quantitas moderata, habito respectu ad quantitatem dotis, & matrimonij onera, quo illa sustineat, Ita sentit *Cayetanus 2. 2. quæstion. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum versic. Et per eandem rationem*, quem sequitur *Couarruu. lib. 3. variarum cap. 1. numer. 3. versiculo, Octauo hinc colligitur*, admittens Cayetani opinionem, ubi ex causa frequentis emptionis annuorum redituum quantitas in statuto contenta censeretur iustum lucri cessantis interesse. Qua ratione attenta uidisse se refert sæpissimè in Granatensis Prætorio dotium promissores uocatos in iudicium damnari, ut intra decem, aut uiginti dies dotalem pecuniam soluant, alioqui post eam diem constituant super proprio patrimonio redditum reddimibilem ad rationē decem pro cētenario, iuxta quantitatem dotis, *& Molina de iustitia, tractatu 2. disputat. 321. nu. 18. Salas de contract. tract. de vsuris, dub. 29. n. 17. Rebellus de obligationibus iustitiæ, 2. par quæst. 10. sectione 3. ex num. 23. Cassanæus in consuetudin. Burgund. Rubric. 4. §. 23. in princip. ex num. 6.* latè.

SVMMA SECTIONIS
Quartæ.

28 *Hæredes mariti soluto matrimonio tenentur restituere viduæ bona dotalia immobilia statim: mobilia verò infra annum dissoluti matrimonij.*

29 *Illicitum esse pactum hæredum cum vidua de soluendo certo interesse, donec dos restituatur, qui senserint.*

30 *Ratione damni emergentis, aut lucri cessantis recipi posse ali-*

quid vultra fortem dotis.

Posse exigi interesse dotis, cum eisdem conditionibus, quibus licite potest exigi interesse.

32 *Distinguuntur duo casus, quando constituitur dos in bonis fructiferis: & quando constituitur in pecunia non numerata, & quid de vtroque sentiendum.*

33 *Quid sit respondendum ad fundamentum contrariæ sententiæ.*

34 *Data dilatione hæredibus ad soluendam dotem, an possit taxari ab initio, interesse.*

35 *Non posse interesse taxari ab initio, qui senserint.*

36 *In contraria sententia, taxationem interesse posse fieri ab initio, qui nam fuerint.*

37 *Vtrique conueniunt, non posse exigi interesse ex solo instrumento taxationis, nisi fiat probatio.*

38 *An interesse dotis non solutæ, seu restitutionis retardatæ possit taxari per statutum.*

39 *Sententia negatiua.*

40 *Sententia affirmatiua.*

41 *Statutum posse imponere pœna debitori morofo.*

42 *Interesse illiquidum posse taxari per legem.*

43 *Interesse tam lucri, quam damni potest taxari, per conuentionem inter viduam, & hæredes mariti, & exigi, si probetur, aut fuerit taxatum à statuto, ibidem.*

SECTIO IV.

De interesse taxato in restitutione dotis conuento inter viduam, & hæredes mariti.

28 Ex dissolutione difficultatis tractatæ præcedenti sectione Doctores gradum faciunt ad difficultatem præsentem. Soluto enim matrimonio heredes mariti defuncti debent restituere viduæ bona dotalia immobilia statim; mobilia verò infra annum à die dissoluti matrimonij, *l. vnica, §. exactio. C. de rei vxor. act. Vlpianus in fragmentis, tit. 9. versic. Dos*, vbi meminit antiquæ constitutionis, vt dos si in numero, pondere, aut mensura consisteret, annua, bima, trima die redderetur, nisi vt præsens redderetur, conuenisset, quod correctum est à Iustiniano *in dict. §. exactio.* meminerunt *Connanus commentar. iuris ciuilis, lib. 8. capit. 10. num. 9. Cuiacius in d. l. vnica, §. cùm autem, C. de rei vxor. act. Vuesembechius in paratitla, ff. soluto matrim. num. 6. Antonius Gomez in leg. 50. Tauri num. 46. Molina de iustitia, tractat. 2. disput. 322. num. 3.* Igitur dubitatum est, an si hæredes mariti moram faciant in restituenda dote, pacisci possint cum vidua, vel eius hæredibus, vt donec dotem non restituerint, soluant ad rationem quinque, vel septem pro centenario, sic taxato interesse dotis tardius solutæ.

29 Prima sententia negat, licitam esse conuentionem inter hæredem mariti, & viduam, qua statuatur viduæ certa quantitas soluenda vltra dotem, dum ei dos non restituitur. Quidquid enim vltra dotem recipiat ratione retardatæ solutionis dotis, siue sint alimenta, siue pecunia, aut quodvis aliud lucrum esse vsuram, etiam si in instrumento dotali cautum esset, vt vxor nomine alimentorum, seu interesse aliquid recipiat, donec dos soluatur etiam si maritus in testaméto iubeat, vt aliquid annuatim soluatur uxori donec ei restituatur dos. Quare si mulier soluto matrimonio ab hæredibus viri acciperet pignus fructuosum, deberet computare fructus pignoris in sorté principalem dotis, contra quã disponitur circa dotis constitutionem *in dict. c. salubriter 16. de vsuris*. Ita sentiunt *Innocentius in dict. cap. salubriter, numer. 2. Ioannes Andr. eis num. 4. Hostiensis num. 7. Ancharranus num. 4. Butrius num. 9. Bart. in l. at qui natura 20. §. non tantum, num. 1. ff. de negot. gest. Imola in l. in insulam 43. §. vsuras, numero 6. Paulus numero 5. ff. solut. matrimon. idem Paulus in l. diuortio 8. in princip. numer. 6. in fin. Alexand. num. 23. ff. eod. tit. Socinus cons. 55. ex nu. 1. volum. 3. Alex. cons. 27. lib. 4. Crauet. cons. 189. numero 7. vers. Sextus casus, Rolandus cons. 55. volum. 2. Ancharranus cons. 150. ex num. 4. Afflictis decis. 284. & decis. 291. Grammaticus decis. 103. numer. 91. Capicius decis. 65. Mantica decis. 171. Molin. de pact. nuptialib. libr. 3. quæst. 39. ex numero 24. Surdus de alimentis, tit. 1. quæst. 45. numero 13. versiculo, Prædictam cum sequentibus, Plotus de in litem iurando, §. 11. numero 24. versiculo, Sed quod plus est, Thesaurus decis. 43. ex numero 2. & decis. 45. Valascus consultat. 8. numero 4. Couarruu. lib. 3. variar. cap. prim. numero 3. versic. Sexto hinc, Ioann. Lupus de vsuris, comment. 1. §. 4. ex numer. 84. Petrus Barbosa*, qui latius explicat *in leg. 2. in principio, 1. parte ex numero 39. in fin. ff. soluto matrimonio, Gaspar Rodericus de annuis redditibus, libr. 3. quæst. 8. ex numer. 20. Cayetan. 2. 2. quæst. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum, versiculo, Et quia fructus dotis.* Ratio est, quia vsura est accipere aliquid vltra debitum tanquam lucrum, ob expectatam, & dilatam solutionem debiti *capit. in ciuitate 6. capite consuluit 29. de vsuris*. Hoc verò casu non possunt id lucrum honestare onera matrimonij iam soluti, vt honestabant lucrum acquisitum à marito ob non solutam dotem onera constantis matrimonij, *iuxta dict. c. salubriter*. Et hæc sententia, vt iacet, verissima est, & apud omnes recepta.

30 Nihilominus secunda sententia limitat primam (& est quoque receptissima limitatio) vt uidua ratione interesse lucri cessantis, aut damni emergentis, possit recipere aliquid vltra sortem dotis ab hæredibus mariti differentibus eius solutionem. Quod etiam non negabunt authores primæ prædictæ sententiæ, vt testatur *Couarruuias vbi supra*. Atque ita limitationem tradunt idem *Couarruuias Alexand. in l. diuortio 8. in princip. num. 23. 24. & 25. & ibidem Imola n. 6. ff. soluto matrim. idem Alexand. cons. 141. lib. 5. & cons. 200. libr. 6. Ioan. Lupus in repet. capit. per vestras, notab 6. §. 8. num 4. vers. Adde alium casum, & nu. 5. de donat. inter, Molina de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6. Quesada diuersarum quæst. iur. c. 25. num. 17. Plotus de in litem iurando, §. 11. ex nu. 22.* latè *Menoch. cons. 7. ex nu. 12. & 15. lib. 1. Salon. de Paz cons. 4. num. 28. Ioannes Baptista Lupus de vsuris comment. 1. §. 4. num. 88. Negusant. de pignor. 5. parte membr. 5. num. 17. Afflict. decis. 284. numer. 2. & 3. Nauarr. in comment. de vsuris, num. 67. Messia in pragmaticam taxæ panis, conclus. 2. num. 78. Thesaurus decis. 43. numero 4. Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 43. ex versiculo. Vltimò infertur, ff. soluto matrimonio, Gaspar. Rodericus de annuis redditibus libro tertio, quæstion. 7. numer. 53. & quæst. 8. numero 20. versic. Non negamus. Fachineus libr. 3. controuersiar. cap. 101. Petrus Gregor. tractat. de vsuris, libr. 2. capit. 12. numero 6. Grassis de exceptionibus, except. 32. numer. 87. Banes 2. 2. quæst. 78. art. 2. circa solutionem ad sextum, §. 4. conclusio, Salon ibidem controuersia 15. ex numer. 3. Molina de iustitia, tractat. 2. disput. 322. num. 6. Salas de contractibus, tractat. de vsuris, dub. 30. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. glos. 4. n. 21.*

31 Illud verissimum est omnes istos Doctores sic permittere viduæ recipere aliquid vltra dotem ab hæredibus viri ratione lucri cessantis, aut damni emergentis, sic se subijciat ijs legibus. & conditionibus, quas reliqui obseruant, dum petunt lucrum cessans, aut damnum emergens:

gens:

gens: ita vt in hoc casu restitutionis dotis, nihil speciale constituendum sit, ideò opus sit probare, sua interesse sibi dotem restitui, alioqui nihil obtinebit, cùm omne lucrum vltra debitum, vbi non inuenitur interesse, aut non probatur versari, quod idem est (cum paria sint non esse, & non probari, aut non apparere, *l. duo sunt Titij 30. ff. de testament. tutel. leg. in lege 77. ff. de contrahenda emptione, Rebuffus in constitut. Regi tom. 2. tract. de literis requisitorijs, num. 33.*) vsura sit & probationem facere debet eodem modo, quo ex inferius docendis apparebit, esse probandum interesse damni, & lucri à quouis illud postulante.

32 Pro maiori huius limitationis declaratione distinguendi sunt duo casus. Primus est, quando dos viduæ consistit in bonis immobilibus, seu stabilibus, quæ fructuosa sunt. Quò casu statim debent reddi, *iuxta textum in dicta l. vnica, §. exaction. C. de vxor. act.* Et si non reddantur, planum est, viduam ammittere fructus suorum bonorum dotalium, eosque lucrari, hæredes mariti non restituentes: ac per consequens interesse viduæ in subita restitutione suæ dotis, quamuis non constet de quantitate certi interesse. Secundus casus est, quando dos consistit in pecunia, pro qua restituenda datur hæredibus mariti dilatio anni. Hoc casu distinguunt Doctòres, an vidua sit pauper, & inops, ita vt non habeat vnde se alat aliunde, quàm ex bonis dotalibus, & tunc dicunt, alendam esse hoc anno ab hæredibus mariti, eamque recipere posse alimenta, etiam vltra dotem absque vsuræ labe. Aut vidua habet aliunde, vnde possit sumere alimenta, quo casu dicunt, non teneri hæredes mariti ad alimenta viduæ. Omitto istam quæstionem de alimentis viduæ, quam Doctores citati prædictis locis tractant: de qua præter alios vide *Romanum in consil. 527. in casu proposito consultationis, ex nu. 1. Antonium Gomez in l. 50. Tauri nu. 48. Matienzium in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopilat. glossa 1. ex num. 10. Capicium in decis. 24. Franchis in dec. 489. Ioseph. Ludouicum comm. opinion. in tit. soluto matrimon. concl. 2.* & venio ad rem. Quando dos consistit in pecunia, cùm iuxta dicta *sectione præcedenti num. 24.* pecunia data in dotem tacitè videatur dari marito ad eam implicandam in negotiatione, vel emptione stabilium reddentium fructus vt industria mariti pecunia sterilis reddatur fructuosa, & deseruiat supportandis oneribus matrimonij, præsupponitur regulariter, & frequentius soluto matrimonio relinqui pecunia implicata in rebus fructuosis, ac per consequens dum ea gaudent hæredes mariti post annum, quo illam debent viduæ restituere, gaudere quoque fructibus implicatæ pecuniæ, & interusurio dotis retardata solutione. Quod interusurium ipsa vidua amittit; ac per consequens eius interest, dotem exigere subito post annum, vt possit cum sua pecunia negotiari, aut emere prædia fructuosa, ex quorum fructibus se alat, *neque enim ei sterilis debet esse pecunia*, vt alias dicit *textus in l. quid ergo 3. §. vsuras, ff. de contrar. & vtil. act. tutel.* Bene verum est, hoc casu opus esse probare, viduam, aut se solitam negotiari, aut habuisse occasionem emendi bona stabilia, quæ exposita erant venalia, aut annuum redditum; & animum, destinationemque certam implicandi pecuniam suam dotalem, qua quia caruerit, amiserit occasionem, aut ex retardata solutionem aliquod damnum incurrisse, vt censeatur probatum eius interesse.

33 Ex ijs facilè respondetur ad fundamentum contrariæ sententiæ, quatenus videretur facere contra limitationem, non exigi à vidua illud plus vltra dotem tanquam vsuram, sed tanquam interesse, aut damni amissorum fructuum bonorum dotalium, aut cessantis lucri, quod habitura fuisset, si haberet pecuniam præ manibus, eam implicando, aut in negotiatione, aut emptione stabilium, quod licet, non liceret autem si vidua habitura esset pecuniam otiosam in arca, aut eam expensura ad libitum.

34 Succedunt duæ difficultates. Prima, vtrum hoc interesse viduæ possit ab initio antequam dos restituatur taxari, dum illa concedit dilationem hæredibus mariti ad dotem restituendam vltra tempus à lege diffinitum. Ita vt fiat conuentio de dandis illi quinque, vel septem pro centenario respectu quantitatis dotis Interim dum duos non restituitur.

35 In qua plerique etiam ex ijs, qui ueram credunt secundam sententiam, dicunt non posse prædictum interesse taxari ab initio, quemadmodum neque in quocunque alio debito, sed relinqui debere euentui futuro qui indicabit, quanti reuera intersit, non enim potest fieri, ut interesse semper sit uniforme, & omnibus annis æquale. Ex istis sunt *Couarruu. lib. 3. variar. capit. 1. numer. 3. §. sexto hinc, versiculo, Mihi profectò*, qui solum permittit taxationem certæ quantitatis ab initio, quando viduæ debentur alimenta, non aliàs, *Plotus de in litem iurando, §. 11. num. 15. & 16.* vbi generaliter negat, interesse posse taxari à principio, *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro 3. quæstione 8. num. 20. versiculo, Non negamus, Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 43. versiculo, Vltimo. infertur, ff. soluto matrimonio.*

36 Alij existimant, prædictum interesse posse taxari ab initio, è quibus sunt *Craueta consilio 189. num. 7. versiculo, Sextus casus*, qui tamen limitatè loquitur casu, quo viduę debeantur alimenta, *Gaspar Rodericus de annuis redditibus, libro 3. quæst. 7. numero 55. & quæst. 8. num. 20.* in eodem casu permittens taxationem, *Ioannes Baptista Lupus de vsuris comment. 1. §. 4. num. 88. Molina de primogen. lib. 4. cap. 5. nu. 6. Costa de portione rata, quæst. 91. ex numer. 5.*

37 Vtrique tamen ex istis ita se explicant, vt conuenire videantur, quamuis in instrumento dotali, aut alio facto inter viduam, & hæredes mariti circa restitutionem dotis, promissa sit vxori nomine interesse soluto matrimonio, interim dum dos nō restituitur certa quantitas, extra casum, quo debeantur prædictæ viduæ alimenta, non posse ipsam obtinere soli instrumento nitentem; sed vt obtineat opus esse, vt articuletur, & probetur interesse damni emergentis, aut lucri cessantis. Nam cùm certum sit, licitè posse peti, & percipi à quocunque interesse lucri cessantis, aut damni emergentis vltra debitum sortis, iuxta superius notata, & tradita à *Glossa verbo, De feudo in capite conquæstus 8. de vsuris*, si mulier petendo interesse retardatæ restitutionis dotis articulet, & probet prædictum interesse lucri, vel damni, obtinebit, vt vltra sortem principalem, & capitale dotis illud ei soluatur non tam ratione promissionis factæ per maritum, aut eius hæredes, quam ratione probationis sui interesse. Si verò dum interesse petit vidua, nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non audietur, quasi vsuram petat. Sic conciliat istas inter se dissidentes sententias *Barbosa in dict. leg. 2. in principio, prima parte numero 43. versiculo pro concordia, ff. soluto matrimonio*, cui eidem sententiæ adhæret *Afflictis decisione 284. numero secundo, & tertio*, loquens de isto casu, cuius, verba sunt. *Sed isto casu quando est diues illa mulier, tunc poterit petere interesse, si illud interesse probabit benè, prout de iure requiritur, siue sit interesse damni, vitandi, siue lucri cessantis.* In eadem sententia est in

decis. 271. quòd ex ante fato nullum debeatur interesse, *& ibi numer.* 6. *in fine*, dicit, illam decisionem fuisse benè laudatam, & commendatã ab omnibus literatis personis. In eadem sententia est *Alexand. cons.* 61. *numer.* 12. *lib.* 2. agens generaliter de taxatione interesse. *Decius cons.* 119. *numer.* 9. *in fin. & num.* 10. *&* 11. *Rebuffus in l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, glossa vltima, num.* 34. *Menchaca quæst. vsufrequent. lib.* 3. *cap.* 60. *num.* 25. *Gasp. Rodericus de annuis redditibus lib.* 3. *q.* 5. *num.* 39. *quæst.* 7. *num.* 55. *& quæst.* 8. *num.* 20. *Fontanella de pact. nuptial. tom.* 2. *clausula* 5. *gloss.* 9. *ex num.* 7. *Colerus de processib. executiuis,* 1. *part. cap.* 10. *ex num.* 118. *Peregrinus cons.* 85. *num.* 14. *volum.* 3.

38 Secunda difficultas est, vtrum hæc quantitas danda mulieri vltra dotem, dum dos ei non restituitur, possit licitè taxari à statuto? & vtrum statutum id præcipiens sit iustum?

39 Plerique negant *vt Ioannes de Lignano, & Panormitanus,* qui eum refert, & sequitur *cons.* 39. 2. *part. Socin. consil.* 126. *numer.* 6. *versic. Tertio, & vltimo, volumin. primo, Chassanæus in consuetudines Burgundiæ Rubric.* 4. §. 23. *in princip. ex num.* 18. licet non satisfirmiter. *Angelus Aretin. in §. fuerat, num.* 15. *&* 16. *Iason. num.* 19. *institut. de actio. Plotus de in litem iurando,* §. 11. *num.* 32. qui multos allegat *Barbosa in l.* 2. *in princip.* 1. *part. num.* 43. *ff. soluto matrimonio Molina de iustitia, tractat.* 2. *disputat.* 322. *num.* 7. Fundamentum est *textus in Clement.* 1. *de vsuris,* qua abrogantur omnia statuta tàm facta, quàm in posterum facienda permittentia vsuras. Hæc autem vsuras est, vt vidua ob dilatam suæ dotis solutionem recipiat aliquid vltra sortem.

40 Multi alij affirmat, simile statutum esse iustum, licitum, & obseruandum. Ita sentit *Baldus in l. cùm quidam* 31. *§. præterea, numer.* 10. *C. de iur. dot. Paulus in l. diuortio* 8. *in princip. numer.* 7. *ff. soluto matrimonio, Panormitan. in cap. salubriter* 16. *num.* 5. *de vsuris,* sub distinctione tamen. *Felinus cap. consultationibus* 10. *numero* 11. *de offic. delegat. Ioannes Lupus in cap. per vestras, notab.* 6. § 8. *numer.* 4. *versiculo, Adde alium casum, de donat. inter, Couarruuias, lib.* 3. *variar. cap.* 1. *num.* 3. *versic. Septimo ab eadem ratione, Colerus de processib. executiuis,* 1. *part. capit.* 10. *ex num.* 93. qui alios refert, *Grassis de exceptiobus, exceptione* 28. *ex num.* 72. *Scaccia de commercijs,* §. 6. *gloss. e numer.* 49. ex Theologis *Cayetan.* 2. 2. *quæst.* 78. *artic.* 2. §. *in solutione ad sextum, Salon. ibidem, controuersia* 15. *numero* 3. *versiculo, Sequitur secundo, Salas de contract. tract. de vsuris, dub.* 30. *numero* 10. qui multos allegat. Et simile statutum adesse in Vrbe Roma sciente, & Patiente Pontifice. & seruari, seruatumque esse, tradit & testatur *Ludouisius decis.* 269. imò, & confirmatum à Sede Apostolica, refert *Additio. Oliuerij Beltramini ibi, numer.* 9. *Hieronymus Gabriel consilio* 152. *nu.* 3. *vol.* 2. *Gratianus disceptat. forens. tom.* 3. *cap.* 466. *num.* 12. 13. *&* 14. Simile statutum esse Bononiæ, testatur *Angelus Aretinus vbi supra* Nouariæ, Vigleuani, & alibi *Plotus vbi supra*. In ciuitate Neapolitana adest consuetudo inter scriptas, incipit *Viro mortuo, & consuetudo hæredesque mariti titulo de iure dotium,* quæ interusurium dotium non restitutarum taxat ad rationem tareni vnius pro qualibet vncia auri data in dotem. Est autem vncia auri, vt ibi explicat Napodanus, quantitas triginta tarenorum, seu quod idem est sex ducatorum monete Regni, & hoc statuit dandum esse viduę pro alimentis, coincidens cum sententia eorum, qui existimarunt, casu, quo viduæ debeantur alimenta, posse taxari à principio, vt adnotauit *vbi supra, Couarruuias retigimus supra num.* 32. Quę consuetudo Neapoli est in viridi obseruantia, vt & nos testes sumus, & testatur *Franchis decis.* 328. *& decis.* 472. *& decis.* 489. *& ad ea loca addentes, & Afflict. d. decis.* 284. *in principio*.

41 Iustitia autem huius statuti duplici ratione nititur. Prima, quòd possit statutum imponere pœnam debitori moroso, ac proinde statuere, vt in pęnam non restitutæ dotis hæredes mariti vltra capitale dotis suo tempore nõ restitutæ soluant viduæ ad rationem quinque pro centenario, habito respectu ad dotis quantitatem, interim dum dotem iniustè retinent, & viduæ integrè non satisfaciunt in qua pęna nullum potest cerni vsuræ velamentũ.

42 Secunda, quia potest etiam lex, vel statutum taxare interesse illiquidum, de quo constat per probationes, vel coniecturas, quemadmodum iudex in eodem casu posset taxare interesse illiquidum ex officio, vt docet *Bart. in l. si id, quod ex pamphila* 75. *num.* 3. *ff. de legat.* 2. *& in l. si traditio* 4. *numer.* 2. *C. de action. empt. & in l. vnica, num.* 33. *in fin. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Cagnolus ibi ex num.* 141. *Rebuffus ibidem ad glossam, verb. In alijs, numer.* 41. *Alexand. cons.* 77. *num.* 13. *libro* 6. *Marianus Socinus in cap. dilecti filij, numer.* 6. §. *in glossa finali, versiculo, in eadem glossa ibi de foro competent. Bertazolus cons. crim.* 278. *numer.* 13. *&* 14. *lib.* 2. *Vrsillus ad Afflictis decis.* 23. *numero* 8. *&* 9. *Thuscus litera I. conclus.* 302. *ex numero* 1. *& conclus.* 304. *numero* 8. 9. *&* 10. *Gaspar Rodericus de annuis reddis libr.* 3. *quæst.* 5. *numer.* 24. *Mascardus de probationib. tomo* 2. *conclus.* 930. *num.* 2. *& concl.* 932. *num.* 11. *& concl.* 934. *ex nu.* 22. Cùm igitur à communiter accidentibus constet, interesse viduæ subito illi dotem restitui, vt possit eius fructibus frui, vel suam pecuniam in rebus fructiferis implicare, rectè poterit statutum hoc interesse incertum, & illiquidum, de quo constat ex coniecturis, redigere ad certam, & determinatam quantitatem. Et ex ijs constat, hoc statuto non comprehendi *in Clementina* 1. *de vsuris,* quæ erat prioris opiniones fundamentum. Nihilominus censerim, si hæredes marito probarent, nihil interfuisse viduæ, dotem illi fuisse restitutam, aut quia nihil damni passa est, aut quia quamuis soluta fuisset, nihil fuisset lucratura, non esse hoc casu practicandum statum, quod vtpotè in præsumptione interesse viduę fundatum, veritati cedere deberet.

43 Ex prædictis in hac sectione colligitur quarta conclusio. Interesse tàm lucri cessantis, quàm damni emergentis potest taxari per conuentionem inter viduam, & hæredes mariti; dum illi dos non restituitur, & potest exigi dummodo legitimè probetur, sua interfuisse, sibi dotem restitui, tanti, quantum fuerit conuentionem taxatum, maximè eo casu, quo ab hæreditibus viri debent illi præstari alimenta, aut si prædictum interesse fuerit taxatum à statuto.

SVMMA SECTIONIS.
Quinta.

44 *Res, quæ venduntur aliæ sunt fructuosæ, aliæ steriles.*
Ob dilatam solutionem non potest accipi plus à venditore, quàm sit pretium ibid.

45 *Non posse taxari à principio interesse in vẽditione ob pretium non solutum, quorundam sententia.*
Vbi datur dilatio ad soluendum non datur mora, & sine mora, non deberi interesse ibidem.

46 *Absque mora debetur vsura recõpensatoria, vt alij existimãt.*
Illicitum esse pactionem de certo interesse à principio in venditione, quorundam sententia, ibidem.

47 *Interesse pertinet ad factum, & futurum euentum, cuius*

non

non potest haberi scientia à principio.
48 *Licitam esse conuentionem decertò interesse initam à principio contractus in venditione, contraria sententia.*
49 *Tribus modis reducuntur ad concordiam istæ dissidentes sententiæ.*
Primò, vt non valeat taxatio interesse, vt ex ea agi posit, nisi probetur interesse, ibid.
50 *Secundò, vt taxatio non valeat in vim conuentionis, sed in vim confessionis, & probationis.*
51 *Tertio, vt ista conuentio videatur transactio.*
52 *Prima conciliatio placet, & probatur, interesse in hoc casu non posse exigi, nisi aliunde, quàm ex conuentione constet.*
53 *Emptor admitti debet ad contrariam probationem, non tanti interfuisse venditoris, quantum est conuentum.*
54 *Impugnantur secunda, & tertia conciliatio.*
55 *Varij contractus liciti possunt interuenire inter emptorem, & venditorem de certo interesse, videlicet venditio incerti interesse, quasi iactus retis pro certo pretio, contractus assecurationis, & contractus sponsionis.*
56 *Cautela reseruationis dominij in venditione dum pretium non soluitur, & interim locationis rei venditæ, approbatur.*
57 *Reprehenditur* Rouitus decis.7.
58 *Reseruatio dominij efficit, vt venditor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ.*
Ex reseruatione dominij, non resultat hypotheca specialis in fauorem venditoris, imò hinc pacto repugnat hypotheca, ib.
59 *Prælatio venditoris reseruato dominio, non resultat ex hypotheca speciali, & id ostenditur euidenter.*
60 *Si venditor imponeret specialem hypothecam super re vendita pro pretio, præferretur cæteris creditoribus emptoris;* iuxta l.licet C.qui potiores.
Verum concurreret cum illis, tanquam in re omnibus obligata, ibid.
Taxatur turpis error notariorum, & explicantur; excusanturque quidam Doctores, ib.
61 *Ex reseruatione dominij resultat, vt venditor maneat dominus, & non soluto pretio possit rem vindicare, & nu.62.*
Pactum reseruationis dominij est efficax, & validum, ib.
Translatio dominij effectiua, per venditionem tria requirit, ibidem.
63 *Falsum est quod quidam existimant, pactum reseruationis dominij, donec pretium soluatur adiectum venditioni, nihil operari, eo quod tacite insit.*
Magnus effectus istius pacti est, vt non censeatur habita fides de pretio, quod dota dilatione ad soluendum, & tradita re vendita aliàs præsumeretur, & sic transferretur dominium, etiam non facta solutione, ib.
64 *Explicatur* textus in l.cùm manu fata, §.vltimo, ff.de contrah.empt.
65 *Proponuntur duæ aliæ difficultates, circa pactum reseruationis dominij, & fit remissio ad doctores eas dissoluentes, & num.66.*
67 *Proponitur nouus casus ex facto.*
68 *Quid esset respondendum, iuxta sententia eorum, qui existimant, ex reseruatione dominij resultare specialem hypothecam.*
69 *Reseruato dominio venditor præfertur omnibus creditoribus emptoris, quantumcunque priuilegiatis.*
Qui vendicat est ante priuilegia, ibidem.
70 *Non potest concedi assistentia contra emptorem in prædio, cuius damnum reseruauit venditor interim dum pretium non soluitur.*

SECTIO V.

De interesse taxato inter emptorem, & venditorem, interim dum non soluitur pretium rei venditæ.

44 RES venditæ aliæ sunt fructuosæ, vt prædia rustica, vel vrbana, vel mobilia, quæ locari solent: aliæ sunt mere steriles, & infructuosæ. Si tractemus de venditione sterilium, & habeatur fides de pretio, dicendum est, non posse ob dilatam solutionem accipi plus à venditore, quàm sit pretium, alioqui erit vsura, vt rectè monuerunt *Fachineus post multos controuersiarum iuris, libro 2.cap.32. Gaspar Rodericus de annuis redditibus lib.3. quæstione 7.nu.72.& 84.* Neque hoc pactum poterit iustificari, nisi eodem modo, quo iustificari posset in mutuo; etenim hæc erit planè vsura, seu interesse lucratorium, non restauratorium, aut compensatorium. Si verò agamus de venditione rei fructuosæ, difficultas est, an possit inter creditorem, & debitorem pretij conuenire, vt donec pretium soluatur, emptor soluat ad rationem quinque, vel septem pro centenario quantitatis pretij debitæ: estque materia *l.curabit 5.C.de act. empt.*

45 Prima sententia negat; à principio posse in venditione taxari interesse venditoris ob pretium non solutum ex conuentione inita inter venditorem, & emptorem: maximè quando venditor concedit emptori dilationem ad soluendum. Ita sentiunt *Chassanæus in consuetudin. Burgund. Rubric.4.§.23.in principio, num.26.* Hanc sententiam amplectuntur multi ex eo fundamento, quod data dilatione ad soluendum, non incurritur mora ex parte emptoris, & sine mora credunt, nullum interesse deberi, ac per consequens, neque taxatum, neque non taxatum exigi posse, qua in re quid sit sentiendum, dixi *supra n.5.*

46 Alij tamen, qui existimant, isto casu deberi interesse venditori, etiam absque mora, in recompensationem fructuum, quibus gaudet emptore (neque enim æquum est, etiam si nulla consideretur mora, emptorem frui fructibus, venditorem verò carere interesse pretij, & vsura recompensatoria, *iuxta textum in leg. Iulianus 14.§. ex vendito ff. de actio. emptio. & in d.l.curabit*) censent, taxationem huius interesse à principio factam esse illicitam, sed relinqui debere euentui futuro. Ita sentit *Decius consil. 111.num.14.consil.116.numer.6.vers. Illa conclusio comprobatur. & numero 7. & consil. 119.numer.9.cum sequentibus,* qui optimè loquitur *Caucta cons. 189.numer.7.vers. Tertius casus, Cephalus cons.290.ex numero 7.libr.2.* qui plures allegat, dicitque esse communem opinionem in iudicando recipiendam, *Socinus consilio* 88.*numer.19.& 20. volumin.4.Cagnolus in l.curabit, ex num.54. versic. Et generaliter, C.de act.emption. Peregrin.consilio* 86.*ex num. 13.& numer.15.volum.3.Felicianus de censibus, tomo primo, libr. 2.capit.1.numero 38. vers. Si ergo vsurarum Siluanus consil. 10.numer.46.* qui addit, talem conuentionem certi interesse à principio adeò esse inefficacem, vt postea verum, & reale interesse peti nō possit, quasi vtile per inutile vitietur. Quæ fuit originalis doctrina *Francisci Aretini consilio 151.* quam vt singularem refert, & sequitur *Ioannes Lupus in repetit.capit.per vestras, notabili 6. in principio, numero 9.Platus de in litem iurando, §.11.numero 16. Rolandus consilio 55. numero 33. volumine 2. Peguera decis.33. numero 13. Mastrillus decision. 245. numero 49.50.& 51.*

qui refert, in eandem sententiam Naram, Caualcanum, & Lancellotum Gallia ulam, Pro hac sentent. a de illicita taxatione interesse à principio *Couarruuias lib. 3. variarum capite 4. numero 5. versic. Septimò eadem refert Albericum Baldum, Alexandrum, Purpuratum, & Rebuffum,* quos inferius commodiore loco referemus.

47 Fundamentum huius sententiæ est Primò, quod interesse pertineat ad factum, & futurum euentum. Ergo non potest ab initio taxari, quasi per prophetiam, aut diuinationem, neque enim ideò tanti interest, quia tanti fuit taxatum: ideò taxatio non valet, neque attendenda est; sed futurus euentus, qui si non attenderetur, sed staretur solum simplici stipulationi, & ex ea sola vellet creditor exigere interesse, esset planè vsura, non interesse, Secundo deinde, quoniam interesse in hoc casu debetur habito respectu ad fructus ab emptore percipiendos ex fundo vendito, & iuxta eorum æstimationem, vt laté tractat, & probat *Couarruuias dicto capite 4. ex numer. 1. Cephalus consilio 290. ex numer. 12. libro secundo, Fachineus controuers. iuris, libro 2. capit. 33. Felicianus de censibus tom. 1. lib. secundo, cap. 1. numer. 38. Thomas Sanchez consiliorum moralium, lib. 1. cap. 7. dubio a 1. num. 5.* Sed ab initio contractus non potest sciri, quos fructus sit percepturus emptor, quorum perceptio multis casibus fortuitis impediri potest, vt sterilitate, & alijs. Ergo non potest hoc interesse taxari à principio. Tertiò, quoniã fructus non sunt omnibus annis vniformes, & æquales, sed vno anno colliguntur plures, alio anno pauciores, aut nulli ergo non potest interesse esse vniforme, neque conforme taxæ ab initio factę. Quartò tandem accedit: quòd si hoc interesse debetur iuxta æstimationem fructuum percipiendorum, iniquè, & contra omnem rationem, & ipsum *textum in d. l. curabit*, taxaretur ad rationem quinq; vel septem pro centenario quantitatis pretij non soluti, habito respectu ad pretium, non ad fructus: hoc enim magis esset interesse merè lucratorium, & ob luctum cessans pretij non soluti, simile interesse orto ex mutuo, quod solum haberet locum in solito negotiari, iuxta dicenda *Sectione sequenti* quam interesse recompensatorium, neque pertineret ad præsentem inspectionem, vbi non agimus de interesse ex mutuo, cuius solutio retardatur, sed de interesse, quod debetur venditori, qui amittit fructus sui prædij, & non gaudet prætio, iuxta terminos *d. l. curabit*.

48 Secunda sententia affirmat, licitam esse conuentionem de certo interesse initam à principio contractus inter emptorem, & venditorem ob dilatam solutionem pretij rei venditæ: ita vt emptor se obliget ad soluendum venditori quinque vel septem pro centenario, dum integrè pretium non soluerit, dummodò hoc interesse taxatũ sit verisimile, & probabile, consuetumq; iuxta morem Regionis, in qua celebratur contractus. Hanc sententiam amplectitur *Decius in cap. cùm venerabilis, numer. 65. vers. Putarem tamen de exceptionib. Cagnolus in d. l. curabit, num. 57. & 58. 65. & 69.* qui varius videtur, & dubius, *Bursatus consil. 11. numer. 16. & numer. 26. lib. 1. Socin. consil. 176. numer. 11. vol. 2. Parisius consil. 60. ex numer. 4.* & propriè *ex numer. 29. par. 1. idem Decius consil. 111. numer. 14. Couarr. lib. 3. var. cap. 4. numer. 5. vers. Septimò eadem. Messia in l. Toleti, 2. fundamento, 2. partis ex numer. 27.* tametsi *num. 28.* videatur loqui limitatè, quando imponitur census, seu annuus reditus super re vendita: de quo casu nullus dubitat *Thusc. litera I. concl. 308. num. 33. Ioseph. Ludouic. commun. concl. titul. de statutis, conclus. 3. Fachineus controuers. iuris, libr. 2. capit. 32. Cæsar de Graffis decis. 187. aliàs 1. de vsuris, Costa de portione rata, quæst. 91. ex numer. 2. Barbosa in l. de diuisione 5. numer. 72. ff. solut. matrim. Scaccia de commercij, §. 1. quæst. 7. 2. par. ampliat. 8. ex numer. 33. Regens Fabius Galeotus controuers. 61. numer. 47. tom. 1.* Ratio videtur esse, quòd cum sciant tam venditor, quàm emptor quantitatem fructuum prædij venditi, non est, cur non possint ab initio taxare eorum æstimationẽ iuxta valorem consuetudinem, in qua conuentione nihil cernitur illicitum, aut vsurarium.

49 Quæ sententiæ quamuis dessidentes videantur, tribus modis in concordiam reduci possunt. Primò, vt taxatio certi interesse non valeat à principio in contractu venditionis, vt ex ea sola possit exigi certum interesse, sed dependenter à probatione facienda ante exactionem per testes, instrumenta, aut alias verissimiles coniecturas, per quam probationem illa taxatio iustificanda sit alioqui non mandanda executioni, nisi solum pro quantitate per probationes liquidata, Ac per consequens taxatio sustineatur, & non reijciatur tanquam vsuraria, si postea fiant probationes veri interesse. Ita se explicat *Decius d. consil. 111. numer 14.* & sentit *consil. 116. num. 6. & 7. & consil. 119. ex num. 9. Cagnolus in d. l. curabit, numero 54. cum seqq. Tuscus litera I. concl. 398. num. 34. & numer. 45. cum seq. Salon. de. Taz consil. 49. num. 12, Cephalus consil 290. ex numer. 10. lib. 2.*

50 Secundo conciliantur, quòd taxatio facta à principio non valeat in vim conuentionis, sed in vim confessionis, & probationis. Quasi emptor in hoc contractu taxans interesse venditoris, & se obligans illud soluere, confiteatur, tanti venditoris interesse, quatotum in pactum, fieductum, vt hoc modo euitetur probationis difficultas.

51 Tertio conciliantur, quod ista taxatio interesse inter emptorem, & venditorem videatur esse quædam transactio super valore, fructuum, inspecto futuro euentu, vt euitetur difficultas probationis, *vt in l. final. ff. de Prætor. stipul.* ex dubio enim, & incertitudine futuri euentus, contractus non est iudicandus vsurarius *cap. in Ciuitate 6 cap. nauiganti vltimo, §. Ille quoque, de vsuris*, sic se explicat *Decius in d. cap. cùm venerabilis, num. 65. de except. Couarr. vbi sup. Parisi. d. consil. 60. num. 34. 1. par.*

52 Ex tribus istis conciliationibus prima placet, iuxta quam sit quinta conclusio, interesse ob non solutum pretium venditori, & dilatam ab emptore solutionẽ dum fruitur fructibus rei emptæ potest taxari ab initio pro certa quantitate, dum non excedat interesse verisimile, & consuetum, & similis conuentio non censebitur vsuraria; verùm executioni mandari non potest, nisi aliunde, quàm ex conuentione constet verum interesse, venditoris, iuxta cuius quantitatem obligatio contra emptorem erit exequenda, non tam propter taxationem, quàm propter probationem subsequutam. Ac per consequens non potest censeri liquidum instrumentum, in quo promittitur certum interesse, nisi priùs per probationem aliam extra instrumentum liquidetur. Hæc sententia tutior in conscientia, & libera ab incommodis, & fraudibus, quidquid contra videantur sentire *Gaspar Rodericus de annuis redditibus, lib. 2. quæst. 3. nu. 62. circa fin. & Ioseph. Ludouic. commun. concl tit. de statutis, concl. 3. vers. Opinio tenentium.*

53 Ex qua conclusione infertur, emptorem admittendum ad contrariam probationem, si probare velit, non tanti interfuisse venditoris, quantum in instrumentum est expressum. Omnis enim probatio admittit meliorem probationem in contrarium, iuxta, ca, quæ notauimus supra *eod. tit. disp. 3. num. 23.* & dicenda inferiùs *Sectione sequenti, num. 89.* quod etiam animaduertit *Ioseph. Ludouic. & Gasp. Rodericus*, modò citati.

54 Se-

54 Secunda verò, & tertia conciliatio ex eo displicent, quòd viam aperiunt planam, & expeditam omnibus fœneratoribus exercendi vsuras, quas velint impunè, sub prætextu, quòd volunt exigere intereſſe mutui veri, vel interpretatiui, & transigere ſuper quantitate ipſius, eamque certam ſtatuere, quam exigant ad rationem ſeptem, vel octo pro centenario, vt voluerint debitoribus imponere vſuras, quos facilè in præmium dilationis ad ſoluendum datæ compellent fateri, tanti creditorum intereſſe, extorquendo inuoluntariam confeſſionem, atque item iiſdem artibus cogendo, vt dicant ſe transigere ſuper intereſſe pro quantitate vſurarum eis impoſitarum. Cum notum ſit, fœneratores ſic, vt plurimum, contractus vſurarios occultè inire, & dolosè, quod vix conuinci poſſunt de vſuraria prauitate, iuxta *textum in Clement. 1. §. cæterum, de vſuris*, & quę notat *Gaſpar Roderic. de annuis redditib. lib. 2. quæſt. 3. in princip. & numero 1.* Quæ vſurarum paliatio in Christiana, & Catholica republica permitti non debet, neque exatio aliqua vltra ſortem, quæ non poteſt eſſe, niſi pœna intereſſe, aut vſura, vt rectè docuit *Bald. in l. rogaſti 11. §. Si tibi, num. 5. ff. ſi cert. petat.* In hoc autē caſu non eſt pœna, non intereſſe, de quo nō conſtat, niſi per confeſſionem, aut declarationem debitoris, cui ſtandum non eſt, veluti in materia ſuſpecta, vt inferius latius probabimus, hæc enim omnia cēſenda ſunt fieri in fraudem vſurarum, quarum radices oportet funditus extirpare, reliquum eſt igitur, vt ſit vſura. Auferenda ſunt igitur hæc vſurarum latibula, quia quo minor erit fœneratorib. fœneràdi cōmoditas, eo magis adimetur fœnus exercendi libertas, *cap. 1. de vſuris in 6.* vbi rectè monuit *Gloſſa Verbo, Adimetur*, tollendam eſſe occaſionem delinquendi.

55 Ad fundamentum autem ſecundę ſententię reſpondetur, inter emptorem, & venditorem poſſe iniri diuerſos contractus, circa fructus colligendos, interim dum pretium non ſoluitur. Primò, poteſt venditor vendere incertum illud, quòd colligendum eſt ex prædio in toto illo temporis ſpatio, & emptor poterit illud certo ſtatuto pretio emere, veluti ſi emeret iactum retis, *l. ſi iactum 13. ff. de actione empti.* & in hac conuentione nihil eſt illicitum. Poteſt etiam facere aſſecurationem tot futuros eſſe fructus, quemadmodum diximus de lucro ſocietatis ſupra *diſput. 7. num. 18. & 19.* quæ etiam conuentio licita eſt. Poſſet etiam fieri contractus ſponſionis, Hiſpanè *Apueſta*, Italicè *Scommeſſa*, ſuper quantitate fructuum percipiendorum, qui item eſt contractus licitus, iuxta eruditè congeſta à *Petro Santerna tract. de aſſecurationib. & ſponſionib. mercatorum, 2. part. per totam Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. num. 4. Stracca tract. de ſponſionib. per totum, Couar. in regula peccatum, 2. par. §. 4. numer. 2. Palacios Rub. in repet. cap. per veſtras notabili 6. §. 9. numer. 6. Meneſio in l. de fideicommiſſo 11. num. 9. Cod. tranſact. Azor. inſtit. moral. par. 3. lib. 11. tractat. de ſponſionib. cap. 1. Sanch. conſil. moral. lib. 1. capitul. 8. dubio 32.* At taxatio intereſſe differt ab iſtis conuentionibus. Nomen autem tranſactionis non rectè cadit in hoc pactum, cùm nulla præceſſerit lis ſuper fructibus, fieri autem poteſt, vt facta taxatione non colligantur fructus, aut colligantur multò pauciores, quibus caſibus cùm venditoris non interſit, quidquid vltra pretium accipit, vſura eſſet, atque ita omnino abſtineri debet ab hac taxatione, niſi poſteà per ſubſequentem probationem confirmetur eius iuſtitia.

56 Hinc factum eſt, vt ad euitàdas iſtas difficultates, & ſuſpitiones, ſolent venditores, quibus differtur ſolutio pretij rerum venditarum, uti alia cautela, ut uidelicet reſeruato dominio in tempore ſolutionis integri pretij interim dum ſoluitur, locent fundum pro certa penſione, quam recipiunt ultra pretium uenditionis tanquam ex re locata, cuius dominium ſibi reſeruauerunt. Cuius cautelæ meminit *textus in l. ſi cum emptio 23. §. Interdum, & in leg. cùm venderem 24. ff. locati, Panormitan. conſil. 66. duo ad clara, numer. 1. & 2. 1. part. Socinus conſil. 176. numer. 11. verſic. Sexta, & vltima difficultas, vol. 2. & conſil. 88. numer. 14. & conſil. 130. numer. 5. volum. 4. Alexand. conſil. 121. ex numer. 1. lib. 5. Decius conſ. 119. num. 4. Parſius conſil. 60. nu. 21. par. 1. Couarr. lib. 3. variar. cap. 4. numer. 6. verſic. Nono plane, Cepola cautela 125. Stracca tract. de decoctorib. 3. part. vltima principalis, numer. 7. Boſſius diuerſor. tractat. tit. de remiſſione mercedis conductorum, numer. 101. Magonius deciſion. Florentin. 91. Ioſeph. Ludouic. commun. opinion. tit. de ſtatutis, concluſ. 3. in fine. Parladorius libr. 1. rerum quotidianar. cap. 8. ex numer. 8. Guttierrez allegatione 5. num. 2. Fachineus controuerſiar. iur. lib. 2. cap. 32. in fin. Gaſpar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæſt. 3. num. 62. Rouitus deciſ. 7. n. 10. verſ. Nec poteſt*, & eſt optima cautela quam licitam eſſe, & honeſtam probat *Sanchez conſiliorum moral. lib. 1. cap. 7. dubio 21.*

57 Ex quo infertur, planè erroneum, & ſine fundamento eſſe quod tradit *Rouitus d. deciſ. 7.* vbi concludit *num. 13.* reſeruationem dominij in contractu venditionis, nihil aliud operari in beneficium venditoris, niſi vt venditor præferatur cæteris omnibus creditoribus eiuſdem emptoris in pretio illius rei venditæ, cuius dominium reſeruauit, referens pro hac ſententia *Vincent. de Franch. Ponte, Martham Bartazolum, & Mozium*, quos duos poſtremos non vidi. Inuoluit ſe *ex numer. 4.* illius deciſionis reprobans *Afflictum deciſ. 338. & Vrſillum, ibi*, & explicans *Baldum in Rubric. nu. 19. & 23. C. de contrahend. empt.* Vt ingenuè dicam quod ſentio deciſio, Afflicti non placet, diſplicent quæ ineptè, & extra rem congerit Rouitus.

58 Verum quidem eſt, reſeruationem dominij in contractu venditionis efficere, vt venditor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ quæ adhuc ſua eſt. Hoc non negamus: negamus tamen, id ſolum efficere: imò vero eum etiam effectum habet vt reſeruet venditori dominium, & reiuendicationem rei venditæ, quod Rouitus planè negat. Et iſte eſt primus effectus, ex quo ſecundus ille prælationis, qui ab iſto dependet. Prælatio enim, qua præfertur venditor cæteris creditoribus emptoris reſeruato dominio, non procedit ex eo (vt videtur ſignificare Rouitus, & alij decepti) quod ex reſeruatione dominij reſultet hypotheca ſpecialis priuilegiata in re vendita, ſimilis illi, quam induxit *l. licet 7. C. qui potiores in pignor. habean.* de qua tractant *Couarr. lib. 1. variar. cap. 7. num. 2. verſ. Præter hæc, Afflict. deciſion. 306. numer. 4. Negusantius de pignorib. 5. part. membr. 2. ex n. 17. Theſaur. lib. 2. q. foren. q. 74. Guttierez allegat. 5. num. 1. Matienzus in l. 7. tit. 16. libr. 5. Recopil. gloſſ. 5. numer. 7. Rodriguez de concurſu creditorum 2. part. articul. 1. numero 24.* Meminit *Albericus in leg. obligatione generali 6. numer. 4. ff. de pignor. & hypoth.* quamuis *ibi in fin.* ſentiat ſecuriorem eſſe cautelam reſeruationis dominij, & per illā tolli omne dubiū, & plurimi alij, quos inferiùs inferā *diſput. 28.* Non, inquam, reſultat ex reſeruatione dominij hypotheca in re vendita, quemadmodum quidam ignorantiſſimè ſibi perſuaſerunt; imò vero reſeruationi dominij à vēditore factæ planè repugnat, & incōpoſſibile eſt

finem, §. quare his sententijs omissis. Maritus verò, cui dos non soluitur versatur in damno, quod incutit sustinendo onera matrimonij sine dote, in quo plane deceptus videtur, *l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. causa data*.

19 Oportet autem animaduertere ex Doctoribus hanc sententiam sequentibus, antiquiores, videlicet Abbatem, Ancharranum, Baldum nouellum, Alexandrum, Syluestrum, Angelum, & cęteros, qui requirunt, vt possit exigi hoc interesse taxatum eam conditionem, vt maritus sit negotiator, planè requisituros etiam, vt hoc interesse exigi possit, probationem huius qualitatis in marito, quod sit solitus negotiari. Reliqui vero, qui hanc qualitatem non requirunt, videntur nullam aliam probationem requirere, cùm de qualitate illa, quòd interesse sit moderatum, & verisimile notoriè constet, præcipuè si iste contractus celebretur in Ciuitatibus, aut Prouincijs, in quibus frequentatur emptio censuum, seu annorum redituum, & suppetunt frequentes occasiones similium emptionum, vt animaduertit *Couarruuias lib. 3. variarum dicto c. 1. n. 3. versiculo, Sexto hinc in fine*, agens de interesse taxato in restitutione dotis, quod etiam ad constitutionem rectè potest extendi.

20 Fundamentum huius sententiæ est *textus in capite salubriter de vsuris*, quo statuitur generum recipientem pignus fructiferum pro dote non soluta, non obligari ad fructus pignoris in sortem computandos, sed eos habere posse præcipuos vltra sortem, quousque illi dos soluatur pro sustentandis oneribus matrimonij. Cùm tamen regula sit in contrarium, nempe fructus ex pignore collectos, computandos, esse in sortem principalem debitam eamque diminuere, *l. 1. & 2. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pignor.* alioqui fructibus pignoris in sortem non computatis committi vsuram, *cap. cum contra 6. de pignor. capit. 1. & 2. capit. conquestus 8. de vsuris*, *Petrus Gregorius tractatu de vsuris, libro 2. capite 9. ex numero 1. Salas de contractatu de vsuris, dub. 28. ex numero 2.* Ex ratione autem illius *textus in dict. cap. salubriter 16. de vsuris*, plane colligitur, idem fore si gener stipuletur à socero dum dotem non soluit, certam annuam pecuniam pro sustentandis matrimonij oneribus, vt videlicet istam quantitatem sic receptam non teneatur ex computare in solutione capitalis dotis, sed eam possit habere præcipuam. De huius textus expositione latè agit *Petrus Gregorius tract. de vsuris, lib. 2. cap. 12. Gaspar Rodericus de annuis reddit. lib. 3. quæst. 7. ex num. 41. Feliciauis de censibus, tomo 1. libro 2. cap. 5. ex numer. 20. Nauarrus in commentario de vsuris, ex num. 64. Barbosa in l. de diuisione 5. numer. 1. & ex versic. Infertur etiam ff. soluto matrimonio Auendaños de censibus cap. 10. ex num. 1. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 5. num. 16.* vltra ordinarios, & præcitatos Doctores.

21 Ego existimo, secundam sententiam esse probabiliorem. Verùm pro maiori eius explicatione, & reddenda ratione *textus in dicto capite salubriter*, qui apud Doctores reputatur difficilis, in primis aduerto, distinguendos esse suos casus. Primus est, quando dos promittitur genero in bonis stabilibus fructiferis, puta, domo, fundo annuis in introitibus, ex quibus omnibus fructus percipiuntur, quo possint onera matrimonij substineri, quibus supportandis frequentius dotis fructus non sufficiunt, vt rectè considerauit Innocentius author *textus dicto cap. salubriter.* Secundus est, quando dos promittitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis, & fructus habere nō potest *l. vsur. 121. ff. de verb. sign.* quo fit, vt acquisitio lucri ex pecunia præter naturam fit, docente *Arist. lib. 1. Politic. cap. 7.*

22 Secundo deinde aduerto, dotem constitui marito in matrimonio, vt eius onera sustineat, dum matrimonium durat, *l. pro oneribus 16. C. de iure dotium*, videlicet, vt vxorem alat cum familia, educet filios, & omnia vt diligens paterfamilias administret; illo verò finito, dotem integram vxori, aut hæredibus eius restituat, ac proinde illā constante matrimonio conseruet. De istis, & alijs oneribus mattimonij latè agit *Petrus Gregorius in sintagmate iuris vniuersi, lib. 9. c. 19. & 20.* onera verò, quæ hic commemorauimus retulit *Dominicus Soto de iustitia & libr. 6. quæstione 1. artic. 2. post solutionem ad argumenta, versiculo, Igitur Adrianus* à quo quamuis discedere videatur non distat, *Salon. 2. 2. tomo 2. quæst. 78. art. 2. controuers. 14. num. 3. & alij, vt Nauarr. comment. de vsuris, num. 65.*

23 Ex quibus plane fit, vt in primo ex supradictis casibus si dos statim non soluatur, maritus incurrat damnum amissionis fructuū quos ex bonis stabilibus in dotem promissis percepturus erat, & ex quibus oneribus matrimonij satisfacere debeant. Quæ amissio fructuum damnum est, vt notaui *supra num. 2. in fine*. In huius autem damni satisfactionem, & restaurationem, mirum non est, si possit lucrari fructus pignoris pro secuta solutionis constitutę loco sibi datis, loco illorū, quos ex bonis, stabilib. promissis in dotē erat percepturus. Idq; nulla habita ratione, an sint plures, an pauciores, cùm ferè semper fructus dotis non sufficiat ad onera matrimonij supportanda. Ac proinde non procul aberrant à vero, qui existimant, in illa traditione pignoris pro soluenda dote dati, tacitè subintelligi pactum de lucrandis fructibus ex pignore perceptis in locum percipiendorum ex dote, iuxta adnotationem originalem *Cayetani 2. 2. quæstione 78. art. 2. § in responsione ad sextum argumentum Nauarrus in commentario de vsuris, notabili 21. numero 65. versiculo, Quare videtur reddenda septima ratio, eum numer. 66. Couarruuias libro 3. variat. capit. 1. numer. 3. versiculo, Secundo constat, Petr. Barbosa in l. de diuisione 5. nu. 1. in fine, cùm numero 2. ff. soluto matrimonio, & Michaelis Solon. 2. 2. dict. quæst. 78. art. 2. controuers. 14. num. 4. Salas de contract. tract. de vsuris, dub. 29. num. 6.*

24 In secundo verò casu, vbi dos constituitur in pecunia numerata, quæ ex se infructuosa est, est maior difficultas, quam rectè expendit *Salas vbi supra dicto numero 65. sed hæc interpretatio*. Verùm ex ijs, quæ dicta sunt rectè expensis superatur. Nam cùm pecunia dotalis detur marito, vt ex ea constante matrimonio eius onera sustineat, soluto vero eam restituat, tacitè actum videtur, ne eam conseruet otiosam: alioqui ad nihil deseruiret, si in arca seruaretur, neque in aliquo maritum iuuaret: si verò expenderetur capitale ipsum, onus restitutionis esset grauius, quàm vtilitas expensæ commoda. Traditur itaque marito, vt eam implicet, suo tamen periculo, uel in emptione stabilium reddentium fructus, uel in emptione redituum annuorum, seu censuum, ex quorum redditibus onera matrimonij supportet, uel in aliqua lucrosa negotiatione, ex qua lucrum acquirat. Quod apertius solet caueri in capitulis matrimonialibus, quæ in hoc Regno fiunt: nim enim est, ut pecunia dotabilis detur marito libera, & explicita, sed expresſè cauetur, ut debeat implicari in emptionem stabilium, uel annorum introituum, tùm ut sustententur onera matrimonij, tùm ut securior sit tempore soluti matrimonij restitutio. Quo fine solet apud publicum Bancum deponi uinculata, nè inde extrahatur, nisi pro facienda simili emptione. Si igitur in contractu dotali, quo promittitur pecunia, tacitè agitur, ut pecunia conuertatur in emptione rerum fructiferarum, aut in lucrosam negotiationem, ex quarum fructibus,

ctibus, & lucro sustineantur onera matrimonij, planum est, maritum dum illi non traditur dos etiam pecuniaria, carere fructibus, & lucro, quæ percepturus erat ex pecunia implicata, non secus ac careret fructibus dotis in rebus stabilibus consistentis, ac per consequens non secus percipere possit, & stipulari legitimè & tuta conscientia, restaurandi huius damni gratia, certam annuam pecuniam, dum illi dos non soluitur. Quod indicasse videtur *Hostiens. in d. cap. salubriter. num. 5.*

25 Adijcit Felicianus (& non displicet, quia cum hoc ipso coincidere videtur) *d. libr. 2. de censibus, cap. 5. num. 20. §. pro vera tamen.* maritum non teneri vxorem alere, quamdiu illi dos promissa non soluitur cùm eam possit à domo expellere, *l. generaliter ultima, C. ad Velleian. Alexander notauit cons. 56. num. 10. lib. 4. & in l. in insulam 43. §. vsuras, numer. 1. ff. soluto matrim. Socinus regula 315. aliàs liter. M. regula. 11. Boerius decis. 22. ex num. 1. Couarruuias de matrimonio, 2. part. cap. 7. in principio, numer. 2.* qui tamen eam sententiam moderatur, *& Rebellus*, similiter eam limitans *de obligation. iustitiæ, 2. part. libr. 5. quæst. 10. sectione 4. ex numero 29. Lara in leg. si quis à liberis, §. si quis ex his, numer. 50. ff. de liber. exhiben. Nauarrus cons. 59. numer. 3. de regularibus, Ioann. Lupus in repet. cap. per vestras, notabili 3. in princip. ex num. 2. de donat. inter, Petrus Gregorius in syntagmat. iuris libr. 9. cap. 19. numer. 3. Cacheran. decis. 132. num. 18. Aufrerius ad decis. Tholos. 87. numer. 3.* Cùm ergo maritus dote adhuc nō soluta sustineat onera matrimonij alendo vxorem, & eius familiam, quod non debebat, vt docet *Gloss. in Authent. de non eligendo secundo nubent. in §. illud quoque dudum, verb. Onera*, Imponens sibi onus, & obligationem, ad quam non tenebatur, fit, vt pro illo onere possit licitè, & absque vsuræ vitio recipere, aut fructus pignoris pro solutione dotis dati, aut certam annuam pecuniam, interim dum dos non soluitur promissam. Quemadmodum potest, qui pro alio fide iubet pro subeundo onere fideiussionis, cui sponte se subijcit, pretium conuentum accipere, vt est commune Doctorum placitum, iuxta textum *in l. si remunerandi 6. §. Maurus, ff. mandat. & in l. hoc. iure 19. §. Labeo, ff. de donat. Tradunt Couarruu. libr. 3. variar. cap. 2. num. 6. Auend. de exequend. mandat. 2. parte capit. 12. numer. 12. versic. Et videtur, in fine, Didacus Perez in Rubric. titul. 2. lib. 8. Ordinamenti pag. 23. col. 2. versic. Quaro successiuè, Valascus consult. 18. Menesius in l. rem maioris 2. numero 27. Cod. de rescind. vend. idem Felician. de censib. tom. 1. libr. 1. capit. 10. numero 14. vers. Tum quia, & vbi supra, Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 12. ex num. 7. Molina de iustitia, tractat. 2. disputat. 319. Mantica de tacitis, & ambig. conuent. libr. 16. tit. 2. Ioann. Lupus de vsuris in cap. nauiganti, comment. 3. §. 1. numer. 19. Heringius de fideiussor. capit. 26. ex numero 119. Pirrus Maurus de fideiussor. 2. part. sect. 2. c. 2. Caballus resol. crimin. cas. 285. Baeza de decima tut. c. 2. numer. 82. Surdus cons. 316. volum. 3.* Quo fit, vt dispositio *d. c. salubriter*, procedat ex particulari natura contractus dotalis, non ex fauore dotis, vt nonnulli sentiunt.

26 His positis, sit tertia conclusio, in constitutione dotis potest is cui promittitur, stipulari certam annuam quantitatem à socero, vel alio dotante, donec dos soluatur, & promittens ex promissione manebit obligatus, neque ad huius obligationis executionem necessarium erit probare, quanti intersit stipulatoris. Ratio huius cōclusionis est, quoniam taxatio certæ illos quātitatis, quāuis videatur redolere interesse, quatenus solet conformari vtilitati, quam maritus poterat percipere ex quantitate dotis implicata in emptionem annuorum reddituum & in strumento soleat apponi verbum, *Pro interesse dotium, aut interusurio,* re vera non est taxatio interesse, sed ex natura contractus dotalis est quædam taxatio cuiusdā adiumenti impensæ pro sustinendis oneribus matrimonij, quo dotās vult succurrere marito, interim dum non soluit dotem, quæ prædictis oneribus supportandis deseruitura erat, & quasi quædam, *Ayuda de costa*, vt vulgò dicimus seu subuentio. In qua non scrupulosè, & minutatim cernitur, id quod interest stipulatoris sit, ne plus, vel minus, sed promittitur habito respectu ad onera matrimonij, quibus supportandis ferè nunquam sufficiunt hæc, & alia subsidia, & vtilitates ex dote, aut eius occasione percepta, vt in *dicto cap. salubriter*, testatur Pontifex. Ad eundem modum, quo taxantur alimenta, non habito respectu ad præcisam necessitatem eius, qui alendus est, ita vt neque aliquid ex alimentorum impensa supersit, neque ad illam desit quod esset strictissimū arbitrium, sed arbitrio paulo largiori, spectata necessitate alienandi morali, non mathematicam. Sic contingit in taxatione istius quātitatis in impensam onerum matrimonialium erogandæ, dum dos non soluitur. Non enim spectandum est, an mariti plus, minusuè intersit, sed veluti transigeretur cum ipso, spectatis oneribus matrimonij super ipsis, quibus sponte se subiecit, quæ tamen subire ante solutam dotem iniquum esset, nisi accederet spontanea, voluntas, *iuxta text. in l. si donatur. 9. §. 1. ff. de cond. causa data, & gloss. in verb. Onera, in Auth. de non eligen. secund. nubentes, §. illud quoque dudum*, vt ex prædictis manifestum est. Ita fit, ut decisio *text. in d. c. salubr.* contineat specialitatem ratione cōtractus dotalis, neque fundetur præcisè in interesse mariti, quæ ratio generalis esset, aptaque comprehendere quemlibet aliū contractum, ut rectè monuit *Nauarr. comment. de vsuris, numer. 64. 65. & 66.* Ex quibus etiam facilè diluitur fundamentum prioris sententiæ.

27 Hinc etiam deducitur, non fore iniquum, sed validum potius, & iustum statutum, quo sanciretur, constante matrimonio, interim dum dos promissa marito non soluitur, ut detur illi à socero, uel alio dotante certa annua quantitas moderata, habito respectu ad quantitatem dotis, & matrimonij onera, quo illa sustineat. Ita sentit *Cayetanus 2. 2. quæstion. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum versic. Et per eandem rationem*, quem sequitur *Couarruu. lib. 3. variarum cap. 1. numer. 3. versiculo, Octauo hinc colligitur*, admittens Cayetani opinionem, ubi ex causa frequentis emptionis annuorum redituum quantitas in statuto contenta censeretur iustum lucri cessantis interesse. Qua ratione attenta uidisse se refert sæpissimè in Granatensis Prætorio dotium promissores uocatos in iudicium damnari, ut intra decem, aut uiginti dies dotalem pecuniam soluant, alioqui post eam diem constituant super proprio patrimonio redditum reddimibilem ad rationē decem pro cētenario, iuxta quantitatem dotis, *& Molina de iustitia, tractatu 2. disputat. 321. nu. 18. Salas de contract. tract. de vsuris, dub. 29. n. 17. Rebellus de obligationibus iustitiæ, 2. par quæst. 10. sectione 3. ex num. 23. Cassanæus in consuetudin. Burgund. Rubric. 4. §. 23. in princip. ex num. 6.* latè.

SVMMA SECTIONIS
Quartæ.

28 *Hæredes mariti soluto matrimonio tenentur restituere viduæ bona dotalia immobilia statim: mobilia verò infra annum dissoluti matrimonij.*

29 *Illicitum esse pactum hæredum cum vidua de soluendo certo interesse, donec dos restituatur, qui senserint.*

30 *Ratione damni emergentis, aut lucri cessantis recipi posse ali-*

quid vultra fortem dotis.

Posse exigi interesse dotis, cum eisdem conditionibus, quibus licite potest exigi interesse.

32 *Distinguuntur duo casus, quando constituitur dos in bonis fructiferis: & quando constituitur in pecunia non numerata, & quid de vtroque sentiendum.*

33 *Quid sit respondendum ad fundamentum contrariæ sententiæ.*

34 *Data dilatione hæredibus ad soluendam dotem, an possit taxari ab initio, interesse.*

35 *Non posse interesse taxari ab initio, qui senserint.*

36 *In contraria sententia, taxationem interesse posse fieri ab initio, qui sunt fuerint.*

37 *Vtrique conueniunt, non posse exigi interesse ex solo instrumento taxationis, nisi fiat probatio.*

38 *An interesse dotis non solutæ, seu restitutionis retardatæ possit taxari per statutum.*

39 *Sententia negatiua.*

40 *Sententia affirmatiua.*

41 *Statutum posse imponere pœna debitori moroso.*

42 *Interesse illiquidum posse taxari per legem.*

43 *Interesse tam lucri, quam damni potest taxari, per conuentionem inter viduam, & hæredes mariti, & exigi, si probetur, aut fuerit taxatum à statuto, ibidem.*

SECTIO IV.

De interesse taxato in restitutione dotis conuento inter viduam, & hæredes mariti.

28 EX dissolutione difficultatis tractatæ præcedenti sectione Doctores gradum faciunt ad difficultatem præsentem. Soluto enim matrimonio hæredes mariti defuncti debent restituere viduæ bona dotalia immobilia statim; mobilia verò infra annum à die dissoluti matrimonij, *l. vnica, §. exactio. C. de rei vxor. act. Vlpianus in fragmentis, tit. 9. versic. Dos*, vbi meminit antiquæ constitutionis, vt dos si in numero, pondere, aut mensura consisteret, annua, bima, trima die redderetur, nisi vt præsens redderetur, conuenisset, quod correctum est à Iustiniano *in dict. §. exactio.* meminerunt *Connanus commentar. iuris ciuilis, lib. 8. capit. 10. num. 9. Cuiacius in d. l. vnica, §. cùm autem, C. de rei vxor. act. Vuesembechius in paratitla, ff. soluto matrim. num. 6. Antonius Gomez in leg. 50. Tauri num. 46. Molina de iustitia, tractat. 2. disput. 322. num. 3.* Igitur dubitatum est, an si hæredes mariti moram faciant in restituenda dote, pacisci possint cum vidua, vel eius hæredibus, vt donec dotem non restituerint, soluant ad rationem quinque, vel septem pro centenario, sic taxato interesse dotis tardius solutæ.

29 Prima sententia negat, licitam esse conuentionem inter hæredem mariti, & viduam, qua statuatur viduæ certa quantitas soluenda vltra dotem, dum ei dos non restituitur. Quidquid enim vltra dotem recipiat ratione retardatæ solutionis dotis, siue sint alimenta, siue pecunia, aut quodvis aliud lucrum esse vsuram, etiam si in instrumento dotali cautum esset, vt vxor nomine alimentorum, seu interesse aliquid recipiat, donec dos soluatur etiam si maritus in testamẽto iubeat, vt aliquid annuatim soluatur uxori donec ei restituatur dos. Quare si mulier soluto matrimonio ab hæredibus viri acciperet pignus fructuosum, deberet computare fructus pignoris in sorte principalem dotis, contra quã disponitur circa dotis restitutionem *in dict. c. salubriter 16. de vsuris*. Ita sentiunt *Innocentius in dict. cap. salubriter, numer. 2. Ioannes Andreas num. 4. Hostiensis num. 7. Ancharranus num. 4. Butrius num. 9. Bart. in l. at qui natura 20. §. non tantum, num. 1. ff. de negot. gest. Imola in l. in insulam 43. §. vsuras, numero 6. Paulus numero 5. ff. solut. matrimon. idem Paulus in l. diuortio 8. in princip. numer. 6. in fin. Alexand. num. 23. ff. eod. tit. Socinus cons. 55. ex nu. 1. volum. 3. Alex. cons. 27. lib. 4. Crauet. cons. 189. numero 7. vers. Sextus casus, Rolandus cons. 55. volum. 2. Ancharranus cons. 150. ex num. 4. Afflictis decis. 284. & decis. 291. Grammaticus decis. 103. numer. 91. Capicius decis. 65. Mantica decis. 171. Molin. de pact. nuptialib. libr. 3. quæst. 39. ex numero 24. Surdus de alimentis, tit. 1. quæst. 45. numero 13. versiculo, Prædictam cum sequentibus, Plotus de in litem iurando, §. 11. numero 24. versiculo, Sed quod plus est, Thesaurus decis. 43. ex numero 2. & decis. 45. Valascus consultat. 8. numero 4. Couarru. lib. 3. variar. cap. prim. numero 3. versic. Sexto hinc, Ioann. Lupus de vsuris, comment. 1. §. 4. ex numer. 84. Petrus Barbosa*, qui latius explicat *in leg. 2. in principio, 1. parte ex numero 39. in fin. ff. soluto matrimonio, Gaspar Rodericus de annuis redditibus, libr. 3. quæst. 8. ex numer. 20. Cayetan. 2. 2. quæst. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum, versiculo, Et quia fructus dotis*. Ratio est, quia vsura est accipere aliquid vltra debitum tanquam lucrum, ob expectatam, & dilatam solutionem debiti *capit. in ciuitate 6. capite consuluit 29. de vsuris*. Hoc verò casu non possunt id lucrum honestare onera matrimonij iam soluti, vt honestabant lucrum acquisitum à marito ob non solutam dotem onera constantis matrimonij, *iuxta dict. c. salubriter*. Et hæc sententia, vt iacet, verissima est, & apud omnes recepta.

30 Nihilominus secunda sententia limitat primam (& est quoque receptissima limitatio) vt uidua ratione interesse lucri cessantis, aut damni emergentis, possit recipere aliquid vltra sortem dotis ab hæredibus mariti differentibus eius solutionem. Quod etiam non negabunt authores primæ prædictæ sententiæ, vt testatur *Couarruuias vbi supra*. Atque ita limitationem tradunt idem *Couarruuias Alexand. in l. diuortio 8. in princip. num. 23. 24. & 25. & ibidem Imola n. 6. ff. soluto matrim. idem Alexand. cons. 141. lib. 5. & cons. 200. libr. 6. Ioan. Lupus in repet. capit. per vestras, notab 6. §. 8. num 4. vers. Adde alium casum, & nu. 5. de donat. inter, Molina de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6. Quesada diuersarum quæst. iur. c. 25. num. 17. Plotus de in litem iurando, §. 11. ex nu. 22.* latè *Menoch. cons. 7. ex nu. 12. & 15. lib. 1. Salon. de Paz cons. 4. num. 28. Ioannes Baptista Lupus de vsuris comment. 1. §. 4. num. 88. Negusant. de pignor. 5. parte membr. 5. num. 17. Afflict. decis. 284. numer. 2. & 3. Nauarr. in comment. de vsuris, num. 67. Messia in pragmaticam taxæ panis, conclus. 2. num. 78. Thesaurus decis. 43. numero 4. Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 43. ex versiculo. Vltimò infertur, ff. soluto matrimonio, Gaspar. Rodericus de annuis reddit. libro tertio, quæstion. 7. numer. 53. & quæst. 8. numero 20. versic. Non negamus, Fachineus libr. 3. controuersiar. cap. 101. Petrus Gregor. tractat. de vsuris, libr. 2. capit. 12. numero 6. Grassis de exceptionibus, except. 32. numer. 87. Bañes 2. 2. quæst. 78. art. 2. circa solutionem ad sextum, §. 4. conclusio, Salon ibidem controuersia 15. ex numer. 3. Molina de iustitia, tractat. 2. disput. 322. num. 6. Salas de contractibus, tractat. de vsuris, dub. 30. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 21.*

31 Illud verissimum est omnes istos Doctores sic permittere viduæ recipere aliquid vltra dotem ab hæredibus viri ratione lucri cessantis, aut damni emergentis, sic se subijciat ijs legibus, & conditionibus, quas reliqui obseruant, dum petunt lucrum cessans, aut damnum emergens:

gens: ita vt in hoc casu restitutionis dotis, nihil speciale constituendum sit, ideò opus sit probare, sua interesse sibi dotem restitui, alioqui nihil obtinebit, cùm omne lucrum vltra debitum, vbi non inuenitur interesse, aut non probatur versari, quod idem est (eum paria sint non esse, & non probari, aut non apparere, *l. duo sunt Titij 30. ff. de testament. tutel. leg. in lege 77. ff. de contrahenda emptione, Rebuffus in constitut. Regi tom. 2. tract. de literis requisitorijs, num. 33.*) vsura sit & probationem facere debet eodem modo, quo ex inferius docendis apparebit, esse probandum interesse damni, & lucri à quouis illud postulante.

32 Pro maiori huius limitationis declaratione distinguendi sunt duo casus. Primus est, quando dos viduæ consistit in bonis immobilibus, seu stabilibus, quæ fructuosa sunt. Quò casu statim debent reddi, *iuxta textum in dict. l. vnica, §. exaction. C. de vxor. act.* Et si non redduntur, planum est, viduam ammittere fructus suorum bonorum dotalium, eosque lucrari, hæredes mariti non restituentes: ac per consequens interesse viduæ in subita restitutione suæ dotis, quamuis non constet de quantitate certi interesse. Secundus casus est, quando dos consistit in pecunia, pro qua restituenda datur hæredibus mariti dilatio anni. Hoc casu distinguunt Doctores, an vidua sit pauper, & inops, ita vt non habeat vnde se alat aliunde, quàm ex bonis dotalibus, & tunc dicunt, alendam esse hoc anno ab hæredibus mariti, eamque recipere posse alimenta, etiam vltra dotem absque vsuræ labe. Aut vidua habet aliunde, vnde possit sumere alimenta, quo casu dicunt, non teneri hæredes mariti ad alimenta viduæ. Omitto istam quæstionem de alimentis viduæ, quam Doctores citati prædictis locis tractant: de qua præter illos vide *Romanum in consil. 527. in casu proposito consultationis, ex nu. 1. Antonium Gomez in l. 50. Tauri nu. 48. Matienzum in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopilat. glossa 1. ex num. 1. & Capicium in decis. 24. Franchis in dec. 489. Ioseph. Ludouicum commun. opinion. in tit. soluto matrimon. concl. 2.* & venio ad rem. Quando dos consistit in pecunia, cùm iuxta dicta *sectione præcedenti num. 24.* pecunia data in dotem tacitè videatur dari marito ad eam implicandam in negotiatione, vel emptione stabilium reddentium fructus vt industria mariti pecunia sterilis reddatur fructuosa, & deseruiat supportandis oneribus matrimonij, præsupponitur regulariter, & frequentius soluto matrimonio relinqui pecuniam implicatam in rebus fructuosis, ac per consequens dum ea gaudent hæredes mariti post annum, quo illam debent viduæ restituere, gaudere quoque fructibus implicatæ pecuniæ, & interusurio dotis retardata solutione. Quod interusurium ipsa vidua amittit; ac per consequens eius interest, dotem exigere subito post annum, vt possit cum sua pecunia negotiari, aut emere prædia fructuosa, ex quorum fructibus se alat, *neque enim ei sterilis debet esse pecunia*, vt aliàs dicit *textus in l. quid ergo 3. §. vsuras, ff. de contr. & vtil. act. tutel.* Benè verum est, hoc casu opus esse probare, viduam, aut se solitam negotiari, aut habuisse occasionem emendi bona stabilia, quæ exposita erant venalia, aut annuum redditum; & animum, destinationemque certam implicandi pecuniam suam dotalem, qua quia caruerit, amiserit occasionem, aut ex retardata solutionem aliquod damnum incurrisse, vt censeatur probatum eius interesse.

33 Ex ijs facilè respondetur ad fundamentum contrariæ sententiæ, quatenus videretur facere contra limitationem, non exigi à vidua illud plus vltra dotem tanquam vsuram, sed tanquam interesse, aut damni amissorum fructuum bonorum dotalium, aut cessantis lucri, quod habitura fuisset, si haberet pecuniam præ manibus, eam implicando, aut in negotiatione, aut emptione stabilium, quod licet, non liceret autem si vidua habitura esset pecuniam otiosam in area, aut eam expensura ad libitum.

34 Succedunt duæ difficultates. Prima, vtrum hoc interesse viduæ possit ab initio antequam dos restituatur taxari, dum illa concedit dilationem hæredibus mariti ad dotem restituendam vltra tempus à lege diffinitum. Ita vt fiat conuentio de dandis illi quinque, vel septem pro centenario respectu quantitatis dotis interim dum duos non restituitur.

35 In qua plerique etiam ex ijs, qui ueram credunt secundam sententiam, dicunt non posse prædictum interesse taxari ab initio, quemadmodum neque in quocunque alio debito, sed relinqui debere euentui futuro qui indicabit, quanti reuera intersit, non enim potest fieri, ut interesse semper sit uniforme, & omnibus annis æquale. Ex istis sunt *Couarruu. lib. 3. variar. capit. 1. numer. 3. §. sexto hinc, versiculo, Mihi profectò*, qui solum permittit taxationem certæ quantitatis ab initio, quando viduæ debentur alimenta, non alias, *Platus de in litem iurando, §. 11. num. 15. & 16.* vbi generaliter negat, interesse posse taxari à principio, *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro 3. quæstione 8. num. 20. versiculo, Non negamus, Barbosa in l. 2. in princip. 1. part. num. 43. versiculo, Vltimo infertur, ff. soluto matrimonio.*

36 Alij existimant, prædictum interesse posse taxari ab initio, è quibus sunt *Craueta consilio 189. num. 7. versiculo, Sextus casus*, qui tamen limitatè loquitur casu, quo viduæ debeantur alimenta, *Gaspar Rodericus de annuis redditibus, libro 3. quæst. 7. numero 55. & quæst. 8. num. 20.* in eodem casu permittens taxationem, *Ioannes Baptista Lupus de vsuris comment. 1. §. 4. num. 88. Molina de primogen. lib. 4. cap. 5. nu. 6. Costa de portione rata, quæst. 91. ex numer. 5.*

37 Vtrique tamen ex istis ita se explicant, vt conuenire videantur, quamuis in instrumento dotali, aut alio facto inter viduam, & hæredes mariti circa restitutionem dotis, promissa sit vxori nomine interesse soluto matrimonio, interim dum dos nō restituitur certa quantitas, extra casum, quo debeantur prædictæ viduæ alimenta, non posse ipsam obtinere soli instrumento nitentem; sed vt obtineat opus esse, vt articuletur, & probetur interesse damni emergentis, aut lucri cessantis. Nam cùm certum sit, licitè posse peti, & percipi à quocunque interesse lucri cessantis, aut damni emergentis vltra debitum sortis, iuxta superius notata, & tradita à *Glossa verbo, De feudo in capite conquæstus 8. de vsuris*, si mulier petendo interesse retardatæ restitutionis dotis articulet, & probet prædictum interesse lucri, vel damni, obtinebit, vt vltra sortem principalem, & capitale dotis illud ei soluatur non tam ratione promissionis factæ per maritum, aut eius hæredes, quam ratione probationis sui interesse. Si verò dum interesse petit vidua, nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non audietur, quasi vsuram petat. Sic conciliat istas inter se dissidentes sententias *Barbosa in dict. leg. 2. in principio, prima parte numero 43. versiculo pro concordia, ff. soluto matrimonio*, cui eidem sententiæ adhæret *Afflictis decisione 284. numero secundo, & tertio*, loquens de isto casu, cuius verba sunt. *Sed isto casu quando est diues illa mulier, tunc poterit petere interesse, si illud interesse probabit benè, prout de iure requiritur, siue sit interesse damni vitandi, siue lucri cessantis.* In eadem sententia est in

decis. 2) 1. quòd ex ante fato nullum debeatur interesse, *& ibi numer.* 6. *in fine*, dicit, illam decisionem fuisse benè laudatam,& commendatā ab omnibus literatis personis. In eadem sententia est *Alexand.conf.*6 1. *numer.* 12. *lib.*2. agens generaliter de taxatione interesse. *Decius conf.* 119. *numer.* 9. *in fin. & num.* 10. *&* 11. *Rebuffus in l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, glossa vltima, num.* 34. *Menchaca quæst. vsusfrequent. lib.* 3. *cap.* 60. *num.* 25. *Gasp. Rodericus de annuis redditibus lib.* 3. *q.* 5. *num.* 39. *quæst.* 7. *num.* 55. *& quæst.* 8. *num.* 20. *Fontanella de pact. nuptial. tom.* 2. *clausula* 5. *gloss.* 9. *ex num.* 7. *Colerus de processib. executiuis*, 1. *part. cap.* 10. *ex num.* 118. *Peregrinus conf.* 85. *num.* 14. *volum.* 3.

38 Secunda difficultas est, vtrum hæc quantitas danda mulieri vltra dotem, dum dos ei non restituitur, possit licitè taxari à statuto? & vtrum statutum id præcipiens sit iustum?

39 Plerique negant *vt Ioannes de Lignano, & Panormitanus*, qui eum refert, & sequitur *conf.* 39. 2. *part. Socin. consil.* 126. *numer.* 6. *versic. Tertio, & vltimo, volumin. primo, Chassanæus in consuetudines Burgundiæ Rubric.* 4. §. 23. *in princip. ex num.* 18. licet non satisfirmiter. *Angelus Aretin. in §. fuerat, num.* 15. *&* 16. *Iason. num.* 19. *institut. de actio. Plotus de in litem iurando*, §. 11 *num.* 32. qui multos allegat *Barbosa in l.* 2. *in princip.* 1. *part. num.* 43. *ff. soluto matrimonio Molina de iustitia, tractat.* 2. *disputat.* 322. *num.* 7. Fundamentum est textus *in Clement.* 1. *de vsuris*, qua abrogantur omnia statuta tàm facta, quàm in posterum facienda permittentia vsuras. Hæc autem vsuras est, vt vidua ob dilatam suæ dotis solutionem recipiat aliquid vltra sortem.

40 Molti alij affirmat, simile statutum esse iustum, licitum, & obseruandum. Ita sentit *Baldus in l. cùm quidam* 31. §. *præterea, numer.* 10. *C. de iur. dot. Paulus in l. diuortio* 8. *in princip. numer.* 7. *ff. soluto matrimonio, Panormitan. in cap. salubriter* 16. *num.* 5. *de vsuris*, sub distinctione tamen, *Felinus cap. consultationibus* 10. *numero* 11. *de offic. delegat. Ioannes Lupus in cap. per vestras, notab.* 6. §. 8. *numer.* 4. *versiculo, Adde alium casum, de donat. inter, Couarruuias, lib.* 3. *variar. cap.* 1. *num.* 3. *versic. Septimo ab eadem ratione, Colerus de processib. executiuis*, 1. *part. capit.* 10. *ex num.* 93. qui alios refert, *Graffis de exceptiobus, exceptione* 28. *ex num.* 72. *Scaccia de commercijs*, §. 6. *gloss.* 1. *numer.* 49. ex Theologis *Cayetan.* 2. 2. *quæst.* 78. *artic.* 2. §. *insolutione ad sextum, Salon. ibidem, controuersia* 15. *numero* 3. *versiculo, Sequitur secundo, Salas de contract. tract. de vsuris, dub.* 30. *numero* 10. qui multos allegat. Et simile statutum adesse in Vrbe Roma sciente, & Patiente Pontifice, & seruari, seruatumque esse, tradit & testatur *Ludouisius decis.* 269. imò, & confirmatum à Sede Apostolica, refert *Additio. Oliuerij Beltramini ibi, numer.* 9. *Hieronymus Gabriel consilio* 152. *nu.* 3. *vol.* 2. *Gratianus disceptat. forens. tom.* 3. *cap.* 466. *num.* 12. 13. *&* 14. Simile statutum esse Bononiæ, testatur *Angelus Aretinus vbi supra* Nouariæ, Vigleuani, & alibi *Plotus vbi supra*. In ciuitate Neapolitana adest consuetudo inter scriptas, incipit *Viro mortuo, & consuetudo hæredesque mariti titulo de iure dotium*, quæ interusurium dotium non restitutarum taxat ad rationem tareni vnius pro qualibet vncia auri data in dotem. Est autem vncia auri, vt ibi explicat Napodanus, quantitas triginta tarenorum, seu quod idem est sex ducatorum monetæ Regni, & hoc statuit dandum esse viduæ pro alimentis, coincidens cum sententia eorum, qui existimarunt, casu, quo viduæ debeantur alimenta, posse taxari à principio, vt adnotauit *vbi supra, Couarruuias tetigimus supra num.* 32. Quę consuetudo Neapoli est in viridi obseruantia, vt & nos testes sumus, & testatur *Franchis decis.* 318. *& decis.* 472. *& decis.* 489. *& ad ea loca addentes, & Afflict. d. decis.* 284. *in principio*.

41 Iustitia autem huius statuti duplici ratione nititur. Prima, quòd possit statutum imponere pœnam debitori morosò, ac proinde statuere, vt in pęnam non restitutæ dotis hæredes mariti vltra capitale dotis suo tempore nō restitutæ soluant viduæ ad rationem quinque pro centenario, habito respectu ad dotis quantitatem, interim dum dotem iniustè retinent, & viduæ integrè non satisfaciunt in qua pęna nullum potest cerni vsuræ velamentū.

42 Secunda, quia potest etiam lex, vel statutum taxare interesse illiquidum, de quo constat per probationes, vel coniecturas, quemadmodum iudex in eodem casu posset taxare interesse illiquidum ex officio, vt docet *Bart. in l. si id, quod ex pamphila* 75. *num.* 3. *ff. de legat.* 2. *& in l. si traditio* 4. *numer.* 2. *C. de action. empt. & in l. vnica, num.* 33. *in fin. C. de sentent. qua pro eo quod interest, Cagnolus ibi ex num.* 141. *Rebuffus ibidem ad glossam, verb. In alijs, numer.* 41. *Alexand. conf.* 77. *num.* 13. *libro* 6. *Marianus Socinus in cap. dilecti filij, numer.* 6. §. *in glossa finali, versiculo, in eadem glossa ibi de foro competent. Bertazolus conf. crim.* 278. *numer.* 13. *&* 14. *lib.* 2. *Vrsillus ad Afflictis decis.* 23. *numero* 8. *&* 9. *Thuscus litera I. conclus.* 302. *ex numero* 1. *& conclus.* 304. *numero* 8. 9. *&* 10. *Gaspar Rodericus de annuis reddit. libr.* 3. *quæst.* 5. *numer.* 24. *Mascardus de probationib. tomo* 2. *conclus.* 930. *num.* 2. *& concl.* 932. *num.* 11. *& concl.* 934. *ex nu.* 22. Cùm igitur à communiter accidentibus constet, interesse viduæ subito illi dotem restitui, vt possit eius fructibus frui, vel suam pecuniam in rebus fructiferis implicare, rectè poterit statutum hóc interesse incertum, & illiquidum, de quo constat ex coniecturis, redigere ad certam, & determinatam quantitatem. Et ex iis constat, hoc statuto non comprehendi *in Clementina* 1. *de vsuris*, quæ erat prioris opinionis fundamentum. Nihilominus censerim, si hæredes marito probarent, nihil interfuisse viduæ, dotem illi fuisse restitutam, aut quia nihil damni passa est, aut quia quamuis soluta fuisset, nihil fuisset lucratura, non esse hoc casu practicandum statum, quod vtpotè in præsumptione interesse viduæ fundatum, veritati cedere deberet.

43 Ex prædictis in hac sectione colligitur quarta conclusio. Interesse tàm lucri cessantis, quàm damni emergentis potest taxari per conuentionem inter viduam, & hæredes mariti; dum illi dos non restituitur, & potest exigi dummodo legitimè probetur, sua interfuisse, sibi dotem restitui, tanti, quantum fuerit conuentionem taxatum, maximè eo casu, quo ab hæreditibus viri debent illi præstari alimenta, aut si prædictum interesse fuerit taxatum à statuto.

SVMMA SECTIONIS.
Quinta.

44 *Res, quæ venduntur aliæ sunt fructuosæ, aliæ steriles.*
Ob dilatam solutionem non potest accipi plus à venditore, quàm sit pretium ibid.

45 *Non posse taxari à principio interesse in vēditione ob pretium non solutum, quorundam sententia.*
Vbi datur dilatio ad soluendum non datur mora, & sine mora, non deberi interesse ibidem.

46 *Absque mora debetur vsura recōpensatoria, vt alij existimāt.*
Illicitum esse pactionem de certo interesse à principio in venditione, quorundam sententia, ibidem.

47 *Interesse pertinet ad factum, & futurum euentum, cuius*
non

non potest haberi scientia à principio.
48 Licitam esse conuentionem decertò interesse initam à principio contractus in venditione, contraria sententia.
49 Tribus modis reducuntur ad concordiam istæ dissidentes sententiæ.
Primò, vt non valeat taxatio interesse, vt ex ea agi possit, nisi probetur interesse, ibid.
50 Secundò, vt taxatio non valeat in vim conuentionis, sed in vim confessionis, & probationis.
51 Tertiò, vt ista conuentio videatur transactio.
52 Prima conciliatio placet, & probatur, interesse in hoc casu non posse exigi, nisi aliunde, quàm ex conuentione constet.
53 Emptor admitti debet ad contrariam probationem, non tanti interfuisse venditoris, quantum est conuentum.
54 Impugnantur secunda, & tertia conciliatio.
55 Varij contractus liciti possunt interuenire inter emptorem, & venditorem de certo interesse, videlicet venditio incerti interesse, quasi iactus retis pro certo pretio, contractus assecurationis, & contractus sponsionis.
56 Cautela reseruationis dominij in venditione dum pretium non soluitur, & interim locationis rei venditæ, approbatur.
57 Reprehenditur Rouitus decis. 7.
58 Reseruatio dominij efficit, vt venditor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ.
Ex reseruatione dominij, non resultat hypotheca specialis in fauorem venditoris, imò hinc pacto repugnat hypotheca, ib.
59 Prælatio venditoris reseruato dominio, non resultat ex hypotheca speciali, & id ostenditur euidenter.
60 Si venditor imponeret specialem hypothecam super re vendita pro pretio, præferretur cæteris creditoribus emptoris, iuxta l. licet C. qui potiores.
Verum concurreret cum illis, tanquam in re omnibus obligata, ibid.
Taxatur turpis error notariorum, & explicantur, & excusanturque quidam Doctores, ib.
61 Ex reseruatione dominij resultat, vt venditor maneat dominus, & non soluto pretio possit rem vindicare, & nu. 62.
Pactum reseruationis dominij est efficax, & validum, ib.
Translatio dominij effectiua, per venditionem tria requirit, ibidem.
63 Falsum est quod quidam existimant, pactum reseruationis dominij, donec pretium soluatur adiectum venditioni, nihil operari, eo quod tacite insit.
Magnus effectus istius pacti est, vt non censeatur habita fides de pretio, quod dota dilatione ad soluendum, & tradita re vendita aliàs præsumeretur, & sic transferretur dominium, etiam non facta solutione, ib.
64 Explicatur textus in l. cùm manu sata, §. vltimo, ff. de contrah. empt.
65 Proponuntur duæ aliæ difficultates, circa pactum reseruationis dominij, & fit remissio ad doctores eas dissoluentes, & num. 66.
67 Proponitur nouus casus ex facto.
68 Quid esset respondendum, iuxta sententia eorum, qui existimant, ex reseruatione dominij resultare specialem hypothecam.
69 Reseruato dominio venditor præfertur omnibus creditoribus emptoris, quantuncunque priuilegiatis.
Qui vendideat est ante priuilegia, ibidem.
70 Non potest concedi assistentia contra emptorem in prædio, cuius dominum reseruauit venditor interim dum pretium non soluitur.

SECTIO V.

De interesse taxato inter emptorem, & venditorem, interim dum non soluitur pretium rei venditæ.

44 Res venditæ aliæ sunt fructuosæ, vt prædia rustica, vel vrbana, vel mobilia, quæ locari solent: aliæ sunt mere steriles, & infructuosæ. Si tractemus de venditione sterilium, & habeatur fides de pretio, dicendum est, non posse ob dilatam solutionem accipi plus à venditore, quàm sit pretium, alioqui erit vsura, vt rectè monuerunt *Fachineus post multos controuersiarum iuris, libro 2. cap. 32. Gaspar Rodericus de annuis redditibus lib. 3. quæstione 7. nu. 72. & 84.* Neque hoc pactum poterit iustificari, nisi eodem modo, quo iustificari possit in mutuo; etenim hæc erit planè vsura, seu interesse lucratorium, non restauratorium, aut compensatorium. Si verò agamus de venditione rei fructuosæ, difficultas est, an possit inter creditorem, & debitorem pretij conuenire, vt donec pretium soluatur, emptor soluat ad rationem quinque, vel septem pro centenario quantitatis pretij debitæ: estque materia *l. curabit 5. C. de act. empt.*

45 Prima sententia negat; à principio posse in venditione taxari interesse venditoris ob pretium non solutum ex conuentione inita inter venditorem, & emptorem: maximè quando venditor concedit emptori dilationem ad soluendum. Ita sentiunt *Chassaneus in consuetudin. Burgund. Rubric. 4. §. 23. in principio, num. 26.* Hanc sententiam amplectuntur multi ex eo fundamento, quod data dilatione ad soluendum, non incurritur mora ex parte emptoris, & sine mora credunt, nullum interesse deberi, ac per consequens, neque taxatum, neque non taxatum exigi posse, qua in re quid sit sentiendum, dixi *supra n. 5.*

46 Alij tamen, qui existimant, isto casu deberi interesse venditori, etiam absque mora, in recompensationem fructuum, quibus gaudet emptor (neque enim æquum est, etiam si nulla consideretur mora, emptorem frui fructibus, venditorem verò carere interesse pretij, & vsura recompensatoria, *iuxta textum in leg. Iulianus 14. §. ex vendito ff. de actio. emptio. & in d. l. curabit*) censent, taxationem huius interesse à principio factam esse illicitam, sed relinqui debere euentui futuro. Ita sentit *Decius consil. 111. num. 14. consil. 116. numer. 6. vers. Ista conclusio comprobatur. & numero 7. & consil. 119. numer. 9. cum sequentibus*, qui optimè loquitur *Crauetta consil. 189. numer. 7. vers. Tertius casus, Cephalus consil. 190. ex numero 7. libr. 2.* qui plures allegat, dicitque esse communem opinionem in iudicando recipiendam, *Socinus consilio 88. numer. 19. & 20. volumin. 4. Cagnolus in l. curabit, ex num. 54. versic. Et generaliter, C. de act. emption. Peregrin. consilio 86. ex num. 13. & numer. 15. volum. 3. Felicianus de censibus, tomo primo, libr. 2. capit. 1. numero 38. vers. Si ergo vsurarum Silnanus consil. 10. numer. 46.* qui addit, talem conuentionem certi interesse à principio adeò esse inefficacem, vt postea verum, & reale interesse peti nō possit, quasi vtile per inutile vitietur. Quæ fuit originalis doctrina *Francisci Aretini consilio 151.* quam vt singularem refert, & sequitur *Ioannes Lupus in repetit. capit. per vestras, notabili 6. in principio, numero 9. Plotus de in litem iurando, §. 11. numero 16. Rolandus consilio 55. numero 33. volumine 2. Peguera decis. 33. numero 13. Mastrillus decision. 245. numero 49. 50. & 51.*

qui refert, in eandem sententiam Natam, Caualcanum, & Lancellotum Galliaulam, Pro hac sententia de illicita taxatione interesse à principio *Couarruuias libr. 3. variarum capite 4. numero 5. versic. Septimò eadem refert Albericum Baldum, Alexandrum, Purpuratum, & Rebuffum*, quos inferius commodiore loco referemus.

47 Fundamentum huius sententiæ est Primò, quod interesse pertineat ad factum & futurum euentum. Ergo non potest ab initio taxari, quasi per prophetiam, aut diuinationem, neque enim ideò tanti interest, quia tanti fuit taxatum: ideò taxatio non valet, neque attendenda est; sed futurus euentus, qui si non attenderetur, sed staretur solum simplici stipulationi, & ex ea sola vellet creditor exigere interesse, esset planè vsura, non interesse. Secundo deinde, quoniam interesse in hoc casu debetur habito respectu ad fructus ab emptore percipiendos ex fundo vendito, & iuxta eorum æstimationem, vt latè tractat, & probat *Couarruuias dicto capite 4. ex numer. 1. Cephalus consilio 290. ex numer. 12. libro secundo, Fachineus controuers. iuris, libro 2. capit. 32. Felicianus de censibus tom. 1. lib. secundo, cap. 1. numer. 38. Thomas Sanchez consiliorum moralium, lib. 1. cap. 7. dubio 21. num. 5.* Sed ab initio contractus non potest sciri, quos fructus sit percepturus emptor, quorum perceptio multis casibus fortuitis impediri potest, vt sterilitate, & alijs. Ergo non potest hoc interesse taxari à principio. Tertiò, quoniā fructus non sunt omnibus annis vniformes, & æquales, sed vno anno colliguntur plures, alio anno pauciores, aut nulli ergo non potest interesse esse vniforme, neque conforme taxæ ab initio factæ. Quartò tandem accedit: quòd si hoc interesse debetur iuxta æstimationem fructuum percipiendorum, iniquè, & contra omnem rationem, & ipsum *textum in d. l. curabit*, taxaretur ad rationem quinq; vel septem pro centenario quantitatis pretij non soluti, habito respectu ad pretium, non ad fructus: hoc enim magis esset interesse merè lucratorium, & ob lucrum cessans pretij non soluti, simile interesse orto ex mutuo, quod solum haberet locum in solito negotiari, iuxta dicenda *Sectione sequenti* quam interesse recompensatorium, neque pertineret ad præsentem inspectionem, vbi non agimus de interesse ex mutuo, cuius solutio retardatur, sed de interesse, quod debetur venditori, qui amittit fructus sui prædij, & non gaudet prætio, iuxta terminos *d. l. curabit*.

48 Secunda sententia affirmat, licitam esse conuentionem de certo interesse initam à principio contractus inter emptorem, & venditorem ob dilatam solutionem pretij rei venditæ: ita vt emptor se obliget ad soluendum venditori quinque vel septem pro centenario, dum integrè pretium non soluerit, dummodò hoc interesse taxatū sit verisimile, & probabile, consuetumq; iuxta morem Regionis, in qua celebratur contractus. Hanc sententiam amplectitur *Decius in cap. cùm venerabilis, numer. 65. vers. Putarem tamen de exceptionib. Cagnolus in d. l. curabit, num. 57. & 58. 65. & 69.* qui varius videtur, & dubius, *Bursatus consil. 11. numer. 16. & numer. 26. lib. 1. Socin. cons. 176. numer. 11. vol. 2. Parisius cons. 60. ex numer. 4.* & propriè *ex numer. 29. par. 1. idem Decius consil. 11 t. numer. 14. Couarr. lib. 3. var. cap. 4. numer. 5. vers. Septimò eadem, Messia in l. Toleti, 2. fundamento, 2. partis ex numer. 27.* tametsi *num. 28.* videatur loqui limitatè, quando imponitur census, seu annuus reditus super re vendita: de quo casu nullus dubitat *Thusc. litera I. concl. 308. num. 33. Ioseph. Ludouic. commun. concl. titul. de statutis, conclus. 3. Fachineus controuers. iuris, libr. 2. capit. 32. Cæsar de Graffis decis. 187. aliàs 1. de vsuris, Costa de portione rata, quæst. 91. ex numer. 2. Barbosa in l. de diuisione 5. numer. 72. ff. solut. matrim. Scaccia de commercij, §. 1. quæst. 7. 2. par. ampliat. 8. ex numer. 33. Regens Fabius Galeotus controuers. 61. numer. 47. tom. 1.* Ratio videtur esse, quòd cum sciant tam venditor, quàm emptor quantitatem fructuum prædij venditi, non est, cur non possint ab initio taxare eorum æstimationē iuxta valorem consuetudinem, in qua conuentione nihil cernitur illicitum, aut vsurarium.

49 Quæ sententiæ quamuis dessidentes videantur, tribus modis in concordiam reduci possunt. Primò, vt taxatio certi interesse non valeat à principio in contractu venditionis, vt ex ea sola possit exigi certum interesse, sed dependenter à probatione facienda ante exactionem per testes, instrumenta, aut alias verisimiles coniecturas, per quam probationem illa taxatio iustificanda sit alioqui non mandanda executioni, nisi solum pro quantitate per probationes liquidata. Ac per consequens taxatio sustineatur, & non reijciatur tanquam vsuraria, si postea fiant probationes veri interesse. Ita se explicat *Decius d. consil. 11 t. numer 14.* & sentit *cons. 116. num. 6. & 7. & cons. 119. ex num. 9. Cagnolus in d. l. curabit, numero 54. cum seqq. Tuscus litera I. concl. 308. num. 34. & numer. 45. cum seq. Salon. de Paz cons. 49. num. 12. Cephalus cons 290. ex numer. 10. lib. 2.*

50 Secundo conciliantur, quòd taxatio facta à principio non valeat in vim conuentionis, sed in vim confessionis, & probationis. Quasi emptor in hoc contractu taxans interesse venditoris, & se obligans illud soluere, confiteatur, tanti venditoris interesse, quantum in pactum, sic eductum, vt hoc modo euitetur probationis difficultas.

51 Tertio conciliantur, quod ista taxatio interesse inter emptorem, & venditorem videatur esse quædam transactio super valore, fructuum, inspecto futuro euentu, vt euitetur difficultas probationis, *vt in l. final. ff. de Prætor. stipul.* ex dubio enim, & incertitudine futuri euentus, contractus non est iudicandus vsurarius *cap. in Ciuitate 6 cap. nauiganti vltimo, §. Ille quoque, de vsuris*, sic se explicat *Decius in d. cap. cùm venerabilis, num. 65. de except. Couarr. vbi sup. Parisi. d. cons. 60. num. 34. 1. par.*

52 Ex tribus istis conciliationibus prima placet, iuxta quam sit quinta conclusio, inter esse ob non solutum pretium venditori, & dilatam ab emptore solutionē dum fruitur fructibus rei emptæ potest taxari ab initio pro certa quantitate, dum non excedat interesse verisimile, & consuetum, & similis conuentio non censebitur vsuraria; verùm executioni mandari non potest, nisi aliunde, quàm ex conuentione constet verum interesse, venditoris, iuxta cuius quantitatem obligatio contra emptorem erit exequenda, non tam propter taxationem, quàm propter probationem subsequutam. Ac per consequens non potest censeri liquidum instrumentum, in quo promittitur certum interesse, nisi priùs per probationem aliam extra instrumentum liquidetur. Hæc sententia tutior in conscientia, & libera ab incommodis, & fraudibus, quidquid contra videantur sentire *Gaspar Rodericus de annuis redditibus, lib. 2. quæst. 3. nu. 62. circa fin. & Ioseph. Ludouic. commun. concl. tit. de statutis, concl. 3. vers. Opinio tenentium.*

53 Ex qua conclusione infertur, emptorem admittendum ad contrariam probationem, si probare velit, non tanti interfuisse venditoris, quantum in instrumentum est expressum, Omnis enim probatio admittit meliorem probationem in contrarium, iuxta ea, quæ notauimus supra *eod. tit. disp. 3. num. 23.* & dicenda inferiùs *Sectione sequenti, num. 89.* quod etiam animaduertit *Ioseph. Ludouic. & Gasp. Rodericus*, modò citati.

54 Se-

54 Secunda verò, & tertia conciliatio ex eo displicent, quòd viam aperiunt planam, & expeditam omnibus fœneratoribus exercendi vsuras, quas velint impunè, sub prætextu, quòd volunt exigere interesse mutui veri, vel interpretatiui, & transigere super quantitate ipsius, eam, que certam statuere, quam exigant ad rationem septem, vel octo pro centenario, vt voluerint debitoribus imponere vsuras, quos facilè in præmium dilationis ad soluendum datæ compellent fateri, tanti creditorum interesse, extorquendo inuoluntariam confessionem, atque item ijsdem artibus cogendo, vt dicant se transigere super interesse pro quantitate vsurarum eis impositarum. Cum notum sit, fœneratores sic, vt plurimum, contractus vsurarios occultè inire, & dolosè, quod vix conuinci possunt de vsuraria prauitate, iuxta *textum in Clement. 1. §. cæterum, de vsuris*, & quę notat *Gaspar Roderic. de annuis redditib. lib. 2. quæst. 3. in princip. & numero 1.* Quæ vsurarum paliatio in Christiana, & Catholica republica permitti non debet, neque exatio aliqua vltra sortem, quæ non potest esse, nisi pœna interesse, aut vsura, vt rectè docuit *Bald. in l. rogasti 11. §. Si tibi, num. 5. ff. si cert. petat.* In hoc autē casu non est pęna, non interesse, de quo nō constat, nisi per confessionem, aut declarationem debitoris, cui standum non est, veluti in materia suspecta, vt inferius latius probauimus, hæc enim omnia cēsenda sunt fieri in fraudem vsurarum, quarum radices oportet funditus extirpare, reliquum est igitur, vt sic vsura. Auferenda sunt igitur hæc vsurarum latibula, quia quo minor erit fęneratorib. fęnerādi cōmoditas, eo magis adimetur fęnus exercendi libertas, *cap. 1. de vsuris in 6.* vbi rectè monuit *Glossa Verbo, Adimetur*, tollendam esse occasionem delinquendi.

55 Ad fundamentum autem secundę sententię respondetur, inter emptorem, & venditorem posse iniri diuersos contractus, circa fructus colligendos, interim dum pretium non soluitur. Primò, potest venditor vendere incertum illud, quòd colligendum est ex prædio in toto illo temporis spatio, & emptor poterit illud certo statuto pretio emere, veluti si emeret iactum retis, *l. si iactum 13. ff. de actione empti.* & in hac conuentione nihil est illicitum. Potest etiam facere assecurationem tot futuros esse fructus, quemadmodum diximus de lucro societatis supra *disput. 7. num. 18. & 19.* quæ etiam conuentio licita est. Posset etiam fieri contractus sponsionis, Hispanè *Apuesta*, Italicè *Scommessa*, super quantitate fructuum percipiendorum, qui item est contractus licitus, iuxta eruditè congesta à *Petro Santerna tract. de assecurationib. & sponsionib. mercatorum, 2. part. per totam Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. num. 4. Stracca tract. de sponsionib. per totum, Couar. in regula peccatum, 2. par. §. 4. numer. 2. Palacios Rub. in repet. cap. per vestras notabili 6. §. 9. numer. 6. Menesio in l. de fideicommisso 11. num. 9. Cod. transact. Azor. instit. moral. par. 3. lib. 11. tract. at. de sponsionib. cap. 1. Sanch. consil. moral. lib. 1. capitul. 8. dubio 32.* At taxatio interesse differt ab istis conuentionibus. Nomen autem transactionis non rectè cadit in hoc pactum, cùm nulla præcesserit lis super fructibus, fieri autem potest, vt facta taxatione non colligantur fructus, aut colligantur multò pauciores, quibus casibus cùm venditoris non intersit, quidquid vltra pretium accipit, vsura esset, atque ita omninò abstineri debet ab hac taxatione, nisi posteà per subsequentem probationem confirmetur eius iustitia.

56 Hinc factum est, vt ad euitādas istas difficultates, & suspitiones, solent venditores, quibus differtur solutio pretij rerum venditarum, uti alia cautela, ut uidelicet reseruato dominio in tempore solutionis integri preti interim dum soluitur, locent fundum pro certa pensione, quam recipiunt ultra pretium uenditionis tanquam ex re locata, cuius dominium sibi reseruauerunt. Cuius cautelæ meminit *textus in l. si cum emptio 23. §. Interdum, & in leg. cùm venderem 24. ff. locati. Panormitan. consil. 66. duo ad clara, numer. 1. & 2. 1. part. Socinus consil. 176. numer. 11. versic. Sexta, & vltima difficultas, vol. 2. & consil. 88. numer. 14. & consil. 130. numer. 5. volum. 4. Alexand. consil. 121. ex numer. 1. lib. 5. Decius cons. 119. num. 4. Parisius consil. 60. nu. 21. par. 1. Couarr. lib. 3. variar. cap. 4. numer. 6. versic. Nono planè, Capola cautela 125. Stracca tractat. de decoctorib. 3. part. vltimæ principalis, numer. 7. Bossius diuersor. tractat. tit. de remissione mercedis conductorum numer. 102. Magonius decision. Florentin. 91. Ioseph. Ludouic. commun. opinion. tit. de statutis, conclus. 3. in fine. Parladorius libr. 1. rerum quotidianar. cap. 8. ex numer. 8. Guttierrez allegatione 5. num. 2. Fachineus controuersiar. iur. lib. 2. cap. 32. in fin. Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 3. num. 62. Rouitus decis. 7. n. 10. vers. Nec potest*, & est optima cautela quam licitam esse, & honestam probat *Sanchez consiliorum moral. lib. 1. cap. 7. dubio 21.*

57 Ex quo infertur, planè erroneum, & sine fundamento esse quod tradit *Rouitus d. decis. 7.* vbi concludit *num. 13.* reseruationem dominij in contractu venditionis, nihil aliud operari in beneficium venditoris, nisi vt venditor præferatur cæteris omnibus creditoribus eiusdem emptoris in pretio illius rei venditæ, cuius dominium reseruauit, referens pro hac sententia *Vincent. de Franch. Ponte, Martham Bartazolum, & Mozium*, quos duos postremos non vidi. Inuoluit se ex *numer. 4.* illius decisionis reprobans *Afflictum decis. 338. & Vrsillum, ibi*, & explicans *Baldum in Rubric. nu. 19. & 23. C. de contrahend. empt.* Vt ingenuè dicam quod sentio decisio, Afflicti non placet, displicent quæ ineptè, & extra rem congerit Rouitus.

58 Verum quidem est, reseruationem dominij in contractu venditionis efficere, vt venditor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ quæ adhuc sua est. Hoc non negamus: negamus tamen, id solum efficere: imò vero eum etiam effectum habet vt reseruet venditori dominium, & reiuendicationem rei venditæ, quod Rouitus planè negat. Et iste est primus effectus, ex quo secundus ille prælationis, qui ab isto dependet. Prælatio enim, qua præfertur venditor cæteris creditoribus emptoris reseruato dominio, non procedit ex eo (vt videtur significare Rouitus, & alij decepti) quod ex reseruatione dominij resultet hypotheca specialis priuilegiata in re vendita, similis illi, quam induxit *l. licet 7. C. qui potiores in pignor. habean.* de qua tractant *Couarr. lib. 1. variar. cap. 7. num. 2. vers. Præter hæc, Afflict. decision. 306. numer. 4. Negusantius de pignorib. 5. part. membr. 2. ex n. 17. Thesaur. lib. 2. q. foren. q. 74. Guttierez allegat. 5. num. 1. Matienzus in l. 7. tit. 16. libr. 5. Recopil. gloss. 5. numer. 7. Rodriguez de concursu creditorum 2. part. articul. 1. numero 24.* Meminit *Albericus in leg. obligatione generali 6. numer. 4. ff. de pignor. & hypoth.* quamuis *ibi in fin.* sentiat, securiorem esse cautelam reseruationis dominij, & per illā tolli omne dubiū, & plurimi alij, quos inferiùs inferā *disput. 28.* Non, inquam, resultat ex reseruatione dominij hypotheca in re vendita, quemadmodum quidam ignorantissimè sibi persuaserunt; imò verò reseruationi dominij à vēditore factæ planè repugnās, & incōpossibile

est

eſt ius hypothecę. Quoniam neque a venditore imponitur, cùm ſua res nemini poſſit eſſe obligata iure hypothecę, *l. neq; pignus 46. ff. de reg. iur.* neque item ab emptore, qui non poteſt rem alienā hypothecę ſubijcere, *l. rem alienam 41. ff. de pign. act. l. 1. & 2. 4. & vltima, C. ſi aliena res pignor. data ſit*, empta autem res, aliena futura eſt, videlicet venditoris, donec pretium integrè ſoluerit emptor, vt obſeruetur pactum.

59 Sed ex longè diuerſa cauſa oritur prælatio venditoris reſeruātis dominium in concurſu creditorum emptoris. Quoniam creditores emptoris, ſiue hypothecarij, ſiue chirographarij, ſolum habent ius ſuper bonis, quæ ſunt emptoris: at illius prædij, quod venditum eſt, emptori reſeruato à venditore dominio, non acquirit emptor dominium, donec pretium ſoluat, ac proinde venditor pēdente pretij ſolutione, non tam potior, quàm ſolus inuenitur, vt aliàs dixit *Papinianus in l. 2. in fin. ff. qui potiores*, qui alijs creditoribus nullum ius ſuper illo prædio, quod debitoris nondum fuit, competere poteſt. Ideo rectè notauit *Ripa in leg. ſi ventri 8. in bonis, numer.* 10. iuxta *tex. ibi, & futurum eum, qui vendicat antè priuilegia, ff. de priuileg. credit.* cum quo conuenit *leg. 9. titul. 3. par. 5.* dominium rei præferri omnibus creditoribus quantumcumque priuilegiatis, & rei vendicationem eſſe ſupra omnes actiones perſonales, & pypothecarias. Idem docuit *Baldus in l. in rebus 30. n. 1. C. iur. dot. Andreas Gayl. obſeruat. pract. lib. 2. obſeruat. 15. nu. 4. & 5. Petrus Barboſa in l. ſi cùm dotem 23. §. final. numer. 32. ff. ſolut. matrimon. Flores Diaz, Mena lib. 1. variar. quæſt. 6. artic. 3. num. 40. Peguera dec. 38. numer. 1. Parladorius in ſeſquicenturia quotidianar. differēt. 58. §. 2. ex numer. 1. Pichard. in leg. priuilegia 16. numer. 44. & 88. ff. de priuileg. credit.* quam inſeruit *in §. Quadam actiones 20. Inſtitut. de actionib. Rodrig. de concurſu creditor. 1. par. artic. 6. num. 46. & 50. Meirer. de pignorib. lib. 2. titul. 8. numer. 1. & 2. Caſtillo quotidian. controuerſ. lib. 3. cap. 16. ex num. 75.*

60 Diuerſus multò eſſet caſus ſi venditor prædium venditum pro pretio ſibi hypothecatum ſpecialiter voluiſſet tempore venditionis: tunc enim dominium in emptorem planè tranſtuliſſet, ſine quo non poſſet emptor hypothecam in fauorem vēditoris imponere: ac per cōſequens concurreret cum alijs creditoribus, quibus idem prædium eſſet obligatum tanquam à ſuo debitore acquiſitum, tametſi venditor eſſet præferendus ex *lege licet 7. Codic. qui potiores*, iuxta ſenſum, & interpretationem communiter receptam, vtpotè quoad prædictum prædium potior, ob priuilegium prædictæ legis. Quare imperitiſſimi Notarij turpiter errant, dum in inſtrumentis iungunt clauſulam reſeruationis dominij, cum clauſula ſpecialis hypothecæ vnius, & eiuſdem rei venditæ in fauorem venditoris, quæ clauſulæ omninò ſunt repugnantes, & incompatibiles omninò. Ita erat caſus, ille, de quo tractat *Gratian. diſcept. forenſ. to. 4. cap. 730.* vt conſtat ibi *numer. 11.* vbi mixtæ fuerunt iſtæ duæ clauſulæ ſecum incompatibiles, *& in cap. 732. num. 10.* Et iſte error fortaſſis fuit in cauſa, cur quidam non benè ad principia iuris attendentes, effectum clauſulæ hypothecæ ſpecialis attribuerint clauſulæ reſeruationis dominij, & ſe confundentes ſibi perſuaſerint, ex clauſula reſeruationis dominij reſultare hypothecam ſpecialem in fauorem venditoris: inter quos eſt idem *Gratianus diſcept. forenſ. tom. 3. cap. 523. num. 13. & 14. & Martha voto 43. num. 9.* qui tamen non loquitur ex propria ſententia, & quæ allegat non faciunt ad rem: quibus etiam videtur ſe ſubſcribere *Rouitus vbi ſup. d. deciſ. 7.*

61 Itaque ex reſeruatione dominij factà à venditore, reſultat quidem, vt venditor præferatur creditoribus emptoris ob cauſam explicatam *ſup. num. 59.* Verùm reſultat etiam ille effectus, vt dominium remaneat apud venditorem, & propter illud ei competat rei vendicatio reſpectu rei venditæ (quod negare ſe ſignificat Rouitus, ſolum effectum prælationis reſeruationi tribuens) donec pretium illi ſolutum fuerit. Nam illud pactum valet, & efficax eſt, vt probat *textus* expreſſus *in l. pro curatoris 5. §. Sed etſi dedi, ff. de tribut. action.* vbi reſeruanti dominium conceditur rei vendicatio tanquam vero domino, & ibidem notat *Paulus in §. Si plures, num. 3. Salicet. num. 2. & text. in §. vendita verò res, Inſtit. de rer. diuiſione, in l. ſi curator. 5. §. 1. ff. de iur. fiſ. l. qui abſēti 38. §. Si quis poſſeſſionem, ff. de acquir. poſſeſſ. leg. illud 26. Cod. de legat.* eſt enim pactum naturale contractus venditionis. Ita ſentiunt *Baldus in Rubric. num. 23. Cod. de contrah. emption. Franch. deciſ. 506. ex numer. 5.* vbi dicit, non eſſe dubitandum, valere prædictum pactum, *Surdus deciſ. 157. & deciſ. 220. ex numero 11. et deciſ. 305. numer. 39. Magonius deciſion. Florent. 91. & deciſ. 92. num. 26. et deciſ. Lucenſ. 31. Martha deciſ. 43. Gratianus deciſ. 13. ex numer. 1. Seſſe deciſ. 42. ex numer. 15. Fabianus de Monte de emption. & vendition. quæſt. 5. principali, numer. 39. tom. 6. tractat. part. 1. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 2. num. 30. Gregor. Lopez in l. 28. tit. 13. par. 5. gloſſ. 1. Couarr. lib. 3. variar. cap. 11. num. 6. Capola cautela 124. numer. 2. circa medium, Gayl. obſeruat. practicar. libr. 2. obſeruat. 15. numer. 4. & 5. Ponte de poteſtat. Proreg. tit. 8. §. 3. ex num. 10. Flores de Mena libr. 1. variar. quæſt. 6. art. 3. num. 40. Stracca de decoctorib. tertia parte vltima, num. 7. Scaccia de commercijs, §. 1. quæſt. 7. part. 2. ampliat. 8. num. 164. et 165. Coſta in praxi conuentionali part. 2. clauſula 9. Mangilius tract. de euictionib. quæſt. 40. ex num. 2. et numer. 14. cum ſeqq.* Vnde diuinare non poſſum, cur Rouitus pro ſua illa deciſione allegauerit Franchis, Martham, & Ponte, niſi quòd crediderit, eo quòd reſeruationi dominij tribuant effectum prælationis, denegare effectum dominij, & vendicationi, verùm in hoc fallitur. Nam iſti Doctores planè fatentur, ex clauſula reſeruationis dominij fieri, vt dominium in emptorem non traſferatur. Etenim translatio dominij effectiua per venditionem tria requirit, primò voluntatem domini traſferre volentis dominium per ipſam venditionem: ſecundò traditionem: tertiò ſolutionem pretij, vel habitam fidem de pretio, *§. Vendita verò res, Inſtit. de rer. diuiſ. leg. quod vendidi 19. ff. de contrahend. empt.* notat *Paulus in d. l. procuratoris 5. §. Si plures, num. 5. ff. de tribut. action. Cartarius deciſ. 96. numer. 7. et 8. Gratianus diſceptat. forenſ. tom. 3. cap. 523. num. 9. 10. et 11.*

62 Quare ex ipſa eadem reſeruatione reſultare, vt domini, cui pretium ſolutum non eſt, poſſit, aut rem vendicare, iuxta *textum in dicto §. Sed, et ſi dedi*, vel rem alteri vendere, ſentiunt *Paulus de Caſtro in leg. Iulianus, §. Offerri, numer. 5. ff. de contrahen. emption. Plotus de in litem iurando, §. 19. num. 60. et Fabianus de Monte de empt. et vend. quæſt. 3. principal. nu. 50. Gratian. d. cap. 523. num. 5. 7. 8. & num. 18. Seſſe deciſ. 42. num. 17.* quibus non ſatisfacit *Rouitus deciſ. 7. numer. 11.* cùm directò faciant contra deciſionem.

63 Neque aſſentior illis, qui credunt, hoc pactum adiectum contractui venditionis nihil operari, quaſi tacitè inſit, & expreſſio eorum, quæ tacitè inſunt, nihil ſoleat operari, *l. hæc verba 3. ff. de legat. 1. leg. in conditionibus 19. §. 1. leg. aliquando 107.* & iſtis locis Doctores, *leg. non rectè 3. Cod. de fideiuſſor. Mantica de coniectur. vltim. volunt. libr.*

5 titul.

5. *titul.6.numer.5.et lib.1 2.tit. 7.num.2. Afflictis in §.feudum ea,numer. 9.in cap. 1. si de feudo fuerit controuers. inter dom.et agnat.* Ex quibus videtur esse *Couarr. lib.3.variar. dict.cap.11.numer. 6. Ponte de potest. Proreg.tit. 8.§.3. num.14.et seqq. Gratian.disceptat.forens.tom. 3. cap. 523. ex num.1.& tom.4.cap.730.num. 23.* Non inquam, istis assentior,habet enim clausula reseruationis dominij mirabilem, & vtilissimum effectum, vt videlicet venditor etiam si tradat emptori rem venditam,censeatur nihilominus nolle habere fidem de pretio:qua clausula non adiecta,re tradita, & data dilatione ad soluendum, censeretur habere fidem de pretio,vt notat *Lucas de Pena in l. quicunque 3.num.22.præsumpt.12.C.de apochis pub.lib.10.* quem sequitur *Menoch. de præsumpt. libr.3.præsumpt. 79. num.4.* docet *Tiraquellus,* qui plurimos refert, *de retractu conuent.ad finem tituli,num.78.* Ego dixi *tom. 1.tit. 1. disp. 2. quæst. 4. numer. 240.* & sic in emptorem transferretur dominium. Atque ita ex ea clausula cessat disputatio Doctorum *in d.leg.procuratoris,§.Si plures, versicul. Sed, etsi dedit,aliàs §.Sed etsi dedi,et ibi gloss. in verb.Vindicare, ff.de tribut.actio.* vbi tractat *Albericus, Angelus, Paulus, Fulgosius, Barbosa in leg.si eum dotem 23. §. final. numer. 35.et 36.ff.solut.matrim.* quando venditor censeatur, vel non censeatur habere fidem de pretio. Cum igitur habere,vel non habere fidem de pretio,non insit tacitè in contractu emptionis,& venditionis,expressio huius clausulæ potest notabilem effectum operari, vt videlicet venditor censeatur,nolle habere fidem de pretio. Non omitto expressionē eorū quæ tacitè insunt,cum alio modo, quàm insunt expressè imminutur, effectum habere, vt docet *Bartol.et Doctores in d.l.3.ff.de leg.1.*

64 Neque obstat prædictæ resolutioni textus,qui multos adduxit in reprobum sensum *in l.cum manu sata 80.§.vltimo, ff.de contrab. empt.* Nam facillimè respondetur, pactum perpetuo reseruans dominium, & ab eo perpetuò excludens emptorem,non valere, neque posse compati cum contractu venditionis, quare necesse est,ut contractum faciat trāsire in aliam speciem à venditione, diuersam,ut dicitur in textu ibi: pactum uero temporaliter reseruans dominium,donec pretium reiendite soluatur, aut aliter satisfiat ab emptore,ualet, & est naturale, & consentaneum contractui emptionis,& uenditionis. Ita respondet *Anton.Gomez tom.2. variar.capitul.2.num.30. Sesse dec.42.nu.13.14.& 15.Stracca de decoctoribus,3.part. vltima partis,num.7.*

65 Alia se offerebat difficultas circa pactum reseruationis dominij: videlicet interposito in venditione hoc pacto, ad quem spectet periculum rei venditæ, an ad emptorem, cui res est tradita, an ad venditorem, in cuius dominio permanet,de qua quia non pertinet ad institutum nostrum videantur *Gratianus discept.forens.tom.3.cap. 523.ex num.17.& tom.4.cap. 730.num.24. & cap. 772. ex numer.7. Bossius diuersor.tract.tit.de remissione mercedis conductorum,numer.102. Decius cons. 440. superioribus die. bus,vol.2.*

66 Item occurreret aliud dubium,si de hoc pacto reseruationis dominij ageremus ex professo videlicet, an in venditione facta sub hoc pacto reseruationis dominij temporalis sit locus retractui consanguineorum, aut vicini ex iure congrui,& à quo tempore,an contractu,an solutionis pretij,de qua tractant *Afflictis decis.338. & Tiraquell.de retract.lignagier,§.1.gloss.2.ex num.36. Mozius de contractibus,tract.de location.& conduction. tit. de accidentalibus locationis,ex num.37.* quos vide.

67 Ex prædictis colligitur resolutio singularis quæstionis, de qua ex facto consultus respōdi,quam quia eam apud neminem vidi tactam,ex ijs, qui de concursu creditorum scribunt, hoc loco proponam, quamuis aliquantulum videar diuertere. Ponamus,dominum tradidisse prædium venditum emptori adiecto venditionis pactu reseruationis dominij interim dum pendet solutio integra pretij: emptorem verò accepisse pecuniam mutuam ab aliquo illam dante pro emptione prædicti prædij, pacto adiecto quòd prædium sit specialiter obligatum pro solutione prædictæ pecuniæ,iuxta *l.licet 7.Cod.qui potiores,* qui emptor soluat prædictam pecuniam venditori, sed quia non erat integrum pretium, & iste emptor non satisfecit aliunde venditori, neque creditori, qui pecuniam ad emendum dedit,fit concursus circa prædium vēditum istorum duorum creditorum, venditoris inquam, qui dominium reseruauerat, & mutuatoris, pecuniæ ad emendum datę cum pacto,specialis hypothecę,quęritur, quis sit præferendus?

68 Difficilissima esset huius difficultatis resolutio,si vera esset illa,quā reiecimus sentētia, ex reseruatione,inquā, dominij resultare hypothecam specialem priuilegiatam in fauorem venditoris circa rem venditam, etenim fieret,vt in hoc casu concurrerent, duæ hypothecæ priuilegiatæ,quarum vna alteri non cederet,altera venditoris, altera mutuatoris, occurreretque notabilis perplexitas circa istorum duorum creditorum satisfactione,maximè si eodem tempore factæ venditionis facta fuisset solutio partis pretij ex ista pecunia mutuata,quo casu hypothecæ eodem tempore contrahentur, argumento *leg.1. §. Si minor, ff. de rebus eor.* & recurrendum esset ad diuisionem, partitionemque pretij predij venditi inter illos duos,qui eodem tempore aquisierunt hypothecas æquè priuilegiatam.

69 Verum iuxta sententiā veram, quam sequuti sumus, facilis est prędictæ difficultatis resolutio, etenim dicendum est præferendum esse venditor prędij qui sibi dominium reseruauit omnibus creditoribus emptoris, quantumuis priuilegiatis,qui enim vendicat est antè priuilegia,*l.si ventri 8.§.In bonis, ff.de priuil.credit.* siue venditor velit rem suam vendicare, siue velit solui sibi suæ rei prætium. Creditores verò emptoris non possunt cum venditore concurrere, neque pretendere,aliquod ius in prædicto prædio cuius dominium debitori suo quæsitum non est,neque est effectum de suo patrimonio, obstante prædicta reseruatione, cùm pretium integrè solutum non fuerit.

70 Addo,in Regno Neapolitano non posse concedi assistentiam creditoribus emptoris super illo prædio,etiam illi,qui dedit pecunia ad illud emēdum,quamuis emptor super illo prędio constituerit reditum annuum,seu censū pro pecunia recepta. Quoniam in prædicto prædio nulla contracta est hypotheca in fauorem mutuatoris, neque constitutio census super illa re valet quippè cùm non sit emptoris,dum integrum pretium non soluit,ob reseruationem dominij, quare emptor illud prædium tanquam rem alienam non posset hypothecæ, aut censui subijcere,*l.1.& 2.C.si aliena res pignor.data sit,* & sine hypotheca assistentia præstari non potest, *pragmatic. 1. assistentia,* Oportet igitur esse cautos, qui in similibus casibus consilia dant.

SVM-

SVMMA SECTIONIS
Sextæ.

71 *In mutuo ob duas causas potest aliquid licitè recipi vltrà sortem, vel ratione pœnæ, vel ratione interesse.*
72 *Pœna triplex est, legalis, conuentionalis, & iudicialis.*
73 *Pœna in foro interno licitè imponitur in contractu mutui.*
74 *In foro externo pœna apposita in mutuo censetur imposita in fraudem vsurarum.*
75 *Lex fori externi fundatur in præsumptione, & non obligat in foro conscientiæ, in quo sola veritas attenditur.*
76 *Pœna conuentionalis apud suprema tribunalia non exigitur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit.*
Quantitas promissa vltrà sortem censenda est potiùs promissa loco interesse, quàm loco pœnæ, ib.
77 *An stipulatio de certo interesse in mutuo sit exequenda iuxta taxam à principio factam, absque vlteriori probatione.*
78 *In foro interno tutò exigitur interesse taxatum à principio, si vera sit eius quantitas, & absit fraus, cum quibusdam tamen conditionibus, quas Theologi requirunt.*
79 *Quoad forum externum prima sententia negat, interesse posse taxari à principio in mutuo, & ex ea taxatione agi posse, nisi aliunde constet de vero interesse, & recensentur pro ea 59. Doctores.*
80 *Interesse est factum futurum, de quo nulla certitudo esse potest, nisi per diuinationem, & prophetiam, cùm multis de causis impediri possit.*
81 *Interesse seclusa probatione non differt ab vsura, nisi nomine.*
Non est immunis à culpa qui manifesto facinori desinit obuiare, cùm possit, ib.
82 *Contractus iste de certo interesse est suspectus de vsura ex natura sua, à quocunque fiat.*
83 *Adiectio certæ pœnæ in datione quantitatis reijcitur tanquam apposita in fraudem vsurarum, sic & adiectio certi interesse.*
84 *Contractus censualis, quo debitor remaneat obligatus ad restituendum capitale intra certum tempus, & interim ad soluendos reditus, est vsurarius.*
85 *Pactum in mutuo de certo interesse esse validum, & efficax, qui censuerint, & enumerantur 20. Doctores.*
86 *Quidam allegati à Modernis non tenent prædictam sententiam.*
87 *Qui possent pro illa allegari.*
88 *Quomodo se explicent quidam Doctores illi adhærentes.*
89 *Debitor probare potest, non tanti interfuisse creditoris, quanti conuentum est.*
Omnis probatio admittit meliorem probationem in contrarium, ib.
90 *Consilium est, ne promittatur interesse in genere, & incertum propter difficultatem probationis.*
91 *In Ciuitatibus, in quibus abundant venditiones annuorum redditium, notorium est interesse certum creditorum, & infra nu. 101.*
92 *Interesse probari potest per coniecturas verisimiles.*
93 *Iudex potest taxare interesse, cum de illo constat in genere, etiam si non constet de interesse liquido.*
94 *Fundamenta postremæ sententiæ sunt vanitates, & figmenta, & laqueum diaboli ad decipiendos vsurarios.*
95 *In mutuo non valet pactum adiectum de certo interesse à principio, vt possit executioni mandari in vim conuentionis, confessionis, aut transactionis, vel probationis: sed vt possit quis obtinere condemnationem interesse, debet probare quod sua interfit, & quanti sua intersit.*
96 *In materia prohibita, et suspecta non statur assertionibus Partium, etiam iuratis, nisi aliunde veritas probetur.*
97 *Ex frequentia emptionis annuorum redditum in aliqua Ciuitate non censetur probatum interesse ex mutuo.*
98 *Quomodo sit articulandum, & probandum interesse, remissiuè.*
99 *Explicatur tex. in l. vlt. ff. de Prætor. stipul.*
100 *Iure antiquo valebat stipulatio vsurarum legitimarum.*
101 *Probatur ex frequentia emptionum annuorum redditum non censeri probatum interesse.*
Exactio annuorum redditum difficillima in hac Ciuitate, et exposita multis periculis, ib.
102 *Non omnes Neapolitani sunt mercatores, aut negotiatores, vt sunt Genuenses.*
Mores nobilium Neapolitanorum, ib.
103 *Non satis est probare, quem esse mercatorem, vt inde inferatur, eum esse lucraturum.*
104 *Cum à principio constat de interesse, et eius quantitate, quod aliquando contingit, potest promitti à principio, stipulari, et exigi sine vlteriore probatione.*
Pactum rescissionis contractus census ob cessationem solutionis improbatur à multis, ib.
Ab alijs verò approbatur, ib.
Casus in quibus à principio constet de quantitate interesse futuri recensentur, ib.
105 *Ad probandum interesse sufficiunt coniecturæ verisimiles.*
106 *Cum constat de interesse in genere, quamuis non constet de eius quantitate liquida potest ex officio à iudice taxari.*
107 *Proponitur difficultas, vtrum valeat pactum de stando declarationi creditoris super liquidatione interesse.*
108 *Pactum de stando simplici declarationi creditoris super quantitate interesse esse validum, est communis sententia.*
Contractus legem ex conuentione accipiunt, ib.
109 *Taxatio interesse quæ suspecta est à principio, post contractum potest fieri, quando iam cessauit necessitas mutuatarij.*
110 *Pactum de stando declarationi non iuratæ creditoris super quantitate interesse non valere verior sententia.*
Hoc pactum inuitat ad delinquendum, ib.
111 *Hoc pacto daretur ampla facultas palliandi vsuras.*
112 *Non probato interesse non potest iudex illud moderari.*
113 *Conuentiones inter partes valent si tamen non sint simulatæ, et facta in fraudem legis.*
114 *Idem est interesse taxari ab initio contractus, quod taxari post contractum virtute conuentionis factæ ab initio.*
115 *Pactum de stando declarationi iuratæ creditoris super quantitate interesse esse validum, est communis sententia.*
116 *Varijs tamen modis limitatur, primò, vt possit debitor reuocare facultatem datam creditori iurandi super interesse, maximè si adsit causa, vt mutatio conditionis.*
117 *Item hæc facultas non transit ad hæredem.*
118 *Tertiò, vt declaratio sit subiecta arbitrio iudicis.*
119 *Quartò, vt creditor non declaret substantiam interesse, quæ aliunde debet probari sed solam quantitatem.*
120 *Quintò, vt debitor possit probare minus interesse.*
121 *Sextò, vt non valeat pactum si fiat in fraudem vsurarum.*
122 *Alij contra sentiunt, pactum de stando declarationi iuratæ super interesse non valere.*

123 Hæc

123 *Hac postrema sententia indicatur verior, & probatur.*
124 *Pactum quod stetur declarationi creditoris quoad interesse in contractu census, reprobatur.*
125 *In materia suspecta, & vbi quis habet interesse formatum iniquum esset, star eius declarationi.*
126 *In omnibus casibus requiritur probatio veri interesse. vt de eo constet.*

SECTIO VI.

De interesse taxato in contractu mutui à principio inter contrahentes: aut in quolibet alio debito pecuniario, pro tempore futuro.

71 IN mutuo ob duas causas potest licitè aliquid promitti, & recipi vltrà sortem: primò ratione pœnæ: secundò ratione interesse; vt notauit *Toletus in instruct. Sacerdotum, libr. 5. cap. 32. numero 1. & 2.* de vtroque casu agendum est hoc loco.

72 Pęnam triplicem distinguunt DD. legalem, quę imponitur lege iudicialem, quę à iudice conuentionalem, quę à contrahentibus, vt illius metu contractus, & pacta seruentur. De hac conuentionali omissis alijs nobis sermo est. Et dubitant DD. an licitè possit apponi in contractu mutui, vt darem tibi mutuos centum aureos, reddendos mihi infra mensem, ea adiecta conditione, seu pacto, vt nisi eos intra designatum tempus restitueris, in pœnam moræ debeas mihi vnum, vel duos aureos vltra sortem. Hęc est pœna conuentionalis, quia ex conuentione partium imposita est in hoc contractu mutui.

73 Qua in re puto distinguendum: aut enim loquimur in foro interno, aut in foro externo, & iudiciali. Quod attinet ad internum Theologi vnamini consensu docent, pœnam posse imponi esse in contractu mutui, si non sit vsuraria, quia mens eam imponentis non fuit usuraria recipiendi aliquit ultra sortem, sed urgendi debitorem metu illius ad obseruationem contractus, iuxta *l. 40. tit. 11. par. 5.* & tuta conscientia exigi posse. Ita sentiunt *Syluester in summa, verb. Vsura 1. nu. 28. Ioannes Medina de rebus per vsuram acquisitis, quæst. 3. circa finem, §. quarta causa, Soto de iustitia, & iure, lib. 6. q. 1. art. 3. paulò post primam conclusionem, versic. Sed verum statim, Nauarrus in Manuali, cap. 17. numer. 217. Molina de iustitia tractat. 2. disputat. 97. num. 3. & disput. 317. ex num. 2. Lessius de iustit. & iure, lib. 2. cap. 20. dub. 15. ex num. 128. Salas de contract. tract. de vsura, dub. 21. ex nu. 2. Rebell. de obligationib. iustit. 2. par. lib. 8. quæst. 9. ex nu. 3. Filliuc. moral. quæstion. tom. 2. tract. 32. par. 4. cap. 5. ex num. 104. Salon 2. 2. tom. 2. quæst. 78. artic. 2. controuers. 11. ex num. 8. Bonacina Theolog. moral. tom. 2. tit. de contract. lib. disputat. 3. quæst. 3. punct. 7. ex num. 1. Scaccia de commercijs, §. 1. quæst. 7. part. 2. ampliat. 8. numer. 184. & 186.* Oportet tamen aduertere, quasdam conditiones seruandas esse, ut hæc pœna iustè exigi possit, quas commemorant omnes prędicti.

74 Quoad forum uero externum, communis sententia docet, pœnam appositam in mutuo, seu datione quantitatis, censeri appositam in fraudem usurarum, & neque posse peti, neque exigi. Hanc amplectitur *Angel. l. stipulatio ista 38. §. alteri, nu. 3. ff. de verb. obligat. Bart. in l. Iulianus 14. §. idem Papinianus, in princ. & n. 1. ff. de actor. empt. gloss. 1. in l. cùm allegas 15. C. de vsur. & ibi Cyn. num. 2. & 4. Alberic. num. 1. Bart. in princip. & num. 3. Bald. num. 1. 8. 14. & ferè per totam, Paul. nu. 1. & 3. Salicetus nu. 1. 7. & 8. cum seqq. Fulgosius nu. 1. Angel. Clauasius in sum. verb. Pœna, nu. 12. Syluest. verb. Vsura 1. num. 28. Gregor. Lop. in l. 40. tit. 11. par. 5. gloss. 2. Laurent. de Rodulph. de vsuris quæst. 67. num. 15. Panormit. in cap. dilecti 4. num. 15. de arbitris, Ioan. de Annania in cap. nauiganti, vltimo, numer. 57. de vsuris, Gulielm. Benedict. in cap. Rainuntius, verb. Si absque liberis, el 2. in tractat. fideicommissariæ substitutionis, numer. 229. de testam. Cagnolus in l. vnica, num. 117. C. de sentent. quæ pro eo quod inter est, Barbosa,* qui multos alios allegat, *in l. 2. in princip. 1. par. num. 42. vers. Neque obstat. ff. solut. matrimon. Scaccia vbi supra nu. 185. Molina de iustitia, tract. 2. disp. 97. num. 2. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 14. tit. 37. nu. 7. Gaspar Roder. de annuis redit. libr. 3. quæst. 5. ex numer. 4.* Probatur autem hæc sententia ex *text. in d. l. Iulianus 14. §. idem Papinianus, ff. de act. empt. & in dict. l. cùm allegas 15. C. de vsuris, & in d. l. 40. tit. 11. par. 5.*

75 Si quisquam quærat, cur ita tam uariè in foro externo, & internò? Et cum dixerimus in foro interno ualere promissionem pęnę, cur in foro externo non sustineatur, sed reprobetur potius, siquidem forum internum strictius esse solet, externum latius: at hic contra; Respondendum est, hòc discrimen ex eo oriri, quod lex fori externi fundatur in præsumptione usurarum, quare in datione quantitatis reprobatur adiectio pœnæ: lex autem, quę fundatur in pręsumptione, non obligat in foro conscientiæ, in quo sola ueritas attenditur, *cap. tua nos 26. de sponsalib. Panormit. in cap. 1. num. 10. Felin. num. 40. de constit. Couarruuias in cap. cùm esses 10. numer. 16. de testament. Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 80. & cons. 37. numer. 54. lib. 1. Franciscus Suarez de legib. lib. 3. cap. 23. Salas de legibus, disput. 10. sect. 4. num. 18. Vazquez in 1. 2. tom. 2. disput. 163. cap. 2. num. 8. Molina de iustit. tractat. 2. disputat. 404. numer. 9.*

76 Hinc ortum habuit practica supremorum Tribunalium, quam commemorauimus supra *hoc titul. disp. 3. nu. 22.* ut pœna conuentionalis non exigatur, nisi quatenus cum uero interesse concurrit. Ex qua eadem crederem limitandam prædictam communem opinionem, ut quoties adiicitur certa quantitas soluenda, in casu, quo principale quantitatis debitum non soluatur, uideatur magis ulterior illa quantitas adiecta ultrà sortem, promissa loco interesse, quàm pœnæ, ut generaliter de stipulatione pœnali dicunt multi, quos retuli *dict. disp. 3. numer. 21.* Atque ita si stipulator probaret sua interesse, & quatenus intersit, putarem, stipulationem pœnalem esse sustinendam, excusandam ab vsura, & exequendam pro quantitate veri interesse, quod multi ex ijs, quos allegaui *nu. 74. præcedenti*, suam sententiam limitantes censuerunt, & fuit sententia *Ancharran. cons. 148. apud antiquos, & modernos, num. 1.* vt actus sustineatur, quo melius possit, & ne præsumatur contractus vsurarius, præsumi enim non debet, *l. merito 51. ff. pro socio, Decius in cap. cùm venerabilis, num. 65. in fin. de except. per text. in capit. nauiganti vlt. de vsur. Salon de Paz cons. 49. numer. 14. Menchac. controu. vsu freq. lib. 3. cap. 60. n. 25. Surd. cons. 327. numer. 52. & 53. lib. 3. Decian. respons. 2. ex num. 64. volum. 1. Molinus de pact. nuptial. lib. 1. quæst. 16. numer. 1. & 2.* cum plurimis alijs consulto omissis.

77 Veniamus ad secundum casum, quando ratione interesse in mutuo quis stipulatur certam quantitatem, tunc dubium est, an ista stipulatio, & promissio valeat, & sustinenda sit, exequendaq; iuxta taxam à principio factam absque vlteriori probatione.

78 Et iterum hic distinguendus est forus internus ab externo. In foro enim interno plurimi Theologorum sentiunt, si quãtitas interesse taxata vera sit absitque fraus, & paliatio vsuratum, & interesse posse taxari à principio, & exigi tuta conscientia, dummodo obseruentur quædam conditiones, quas obseruandas dicunt, vt istius interesse exactio licita sit. Ita sentiunt *Ioannes de Medina Codice de rebus per vsuram acquisitis, quæst. 3. §. Nec obstat, quod mutuans*, & conditiones enumetat *ex §. Conditiones igitur, Molina de iustitia, tractat. 2. disput. 316. num.* 8. & ibi cum *numero sequenti*, aliquid de conditionibus *Lesius de iustit. & iur. libr. 2. cap. 20. numer. 72. & numer.* 80. de conditionibus *num. 73. & 84. Rebellus de obligationib. iustitiæ, 2. par. lib. 8. quæst. 6. num. 1.* de conditionibus, *ex nu. 2. Bonacina tom. 2. moral. Theologia, tract. de contract. disput. 3. quæst. 3. puncto 4. ex num. 7. Felliuc. quæst. moral. tomo 2. tract. 34. par. 2. cap. 4. numer.* 80. & de conditionibus ibidem *numer. 70. & 79. Salas de contract. lib. tractat. de vsuris, dub. 20. numer. 7. §. quartò potest*, & de conditionibus *toto illo dubio, ex nu. 1. Salon. 2. 2. tom. 2. quæst. 78. art. 2. controu.* 8. de damno emergenti, & de conditionibus *ibi, ex num. 14. & controuersia 9.* de lucro cessante, & de conditionibus *ibi ex numer.* 26. Accedunt Iuristæ, *Cagnolus in l. curabit, numero 61. C. de actor. empt. Mascard. de probation. vol. 2. conclus. 934. Agenti ad interesse, num. 29. & Scaccia de commercijs, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. num. 61.* Quoad hoc nulla est difficultas: quoniam in hoc foro, vt dixi *numer. 75. sup.* solum attenditur veritas, nõ præsumptiones, neq; hic opus est alia probatione, quàm cuiuscunque conscientia, & confessione; contra quàm in foro externo contingit.

79 Quod attinet ad forum externum, prima sententia negat, posse taxari, & constitui certum interesse in mutuo à principio: aitque stipulationem certæ quantitatis a principio in hoc contractu, etiam ratione interesse, nõ valere, sed censeri debere vsuram paliatam sub nomine interesse, neq; vllum habere effectum, aut ex ea agi posse, nisi aliunde constet, & probetur legitimis probationibus interesse, & quanti intersit.

1 Ita sentiunt *Bald. in l. rogasti 11. §. si tibi, num. 6. & 7. ff. si cer. pet. & in l. 1. n. 31. et 32. C. de summ. Trin. et Fide Cathol.* Quibus locis ait, quòd interesse non probatur per pactum, vt si nomine interesse conuenti, sit promissum aliquid, si non soluatur sors, futura enim non potuerunt à principio taxari, quia non habuerunt certam quantitatem, & naturam.

2 *Abbas Panormitan. consil. 64. num. 5. vers. Ad tertiam obiectionem, 1. part.* ait, quòd a principio non valet conuentio de dando certum quid pro centenario, *vt in cap. debitores de iur. iurand.*

3 *Ancharanus cons. 150. in quæst. quæ vertitur, nu. 7.*

4 *Alexand. cons. 61. viso processu, nu. 12. libr. 2. & cons. 27. viso themate, nu. 9. & 10. lib. 4.*

5 *Romanus cons. 520. circa propositam consultationem, nu. 8. & cons. 510. quoad primum, num. 6.*

6 *Decius cons. 39. iuridicam, num. 4. in fin. & num. 5.* vbi requirit duas probationes ad obtinendum interesse lucri cessantis, etiam stante taxatione, & quod petens sit solitus negotiari, & quod eius tanti intersit, *& cons. 111. nu. 14.* ait, quòd promissio certi interesse non facit, vt tanti intersit: & nõ valet quãdo nõ apparet, quòd tãti intersit, quantum promittitur, *et cons. 116. in causa Aloysij num. 6.* ait, non posse peti certam quantitatem promissam pro interesse, quia promissio videtur facta in fraudem vsurarum; & non statur assertioni instrumenti pro tali interesse, sed de verò interesse debet probari, *et cons. 119 et pro tenui numer. 9. 10. et 11.* ait interesse debere probari per veras, & legitimas probationes, & circa eius quantitatem non credi instrumento, neque illud posse executioni mãdari, sed de damno, aut interesse aliter debere probari, *& cons. 322. visis consilijs, n. 3. circa fin. vers. Vnde venio ad secundum dubium, et num. 4.*

7 *Paulus Castrens. cons. 101. quantum ad tempus, 1. par.*

8 *Siluanus cons. 10. nu. 46.*

9 *Craueta cons. 87. nu. 5. et cons. 189. nu. 8.*

10 *Rolandus cons. 55. ex num. 20. vol. 2.* improbat istam taxationem à principio in fortioribus terminis.

11 *Salon de Paz Burgensis consil. 49. num. 12. et 15. cum seqq.*

12 *Mandellus Albensis cons. 211. num. 7. vol. 1. et cons. 512. nu. 11. vol. 2. & vtrobique additio*, ait, non valere taxationem interesse a principio; neque censeri probatam eius quantitatem ex promissione, sed debere reduci ad certitudinem ex probatione postea subsequuta.

13 *Peregrinus cons. 85. num. 4. iunctis numeris 14. et 15. et ex numer. 20. vol. 3.* ait, pactum de certo interesse esse reprobatum, & requiri probationem veri interesse, & solitum esse negotiari, qui illud petit, vt obtineat.

14 *Menoc. cons. 1180. lib. 12.* quod est solẽne consilium in hoc articulo, vbi *numero 6.* refert quindecim Doctores pro hac sententia, *et ex num. 7.* respondet ad nouem alios Doctores allegatos pro contraria: omninò vide. Eãdem tradit *de arbitr. lib. 2. cent. 2. casu 119. ex num. 3. et num. 11. & ex num. 16.*

15 *Felinus in cap. cùm venerabilis 6. numer. 9. de exceptionib.*

16 *Cagnolus in l. curabit, num. 54. C. de act. empti, et in l. vnica, nu. 49. et 51. C. de sent. quæ pro eo quod interest*, ait, quod licèt conuentio de certo interesse non ualeat, sustineretur si postea probaretur interesse.

17 *Rebuff. in repet. l. vnica, C. de sent. quę pro eo quod interest, glossa vltima, nu. 34.* ait, interesse posse peti, si probaretur, sed taxationem uel certam quantitatem promissam pro interesse nõ ualere. Vbi statuit regulã cũ ampliationib. & limitationibus, è quibus prima est *nu. 45.* si interesse probetur, uel de eo constaret a principio.

18 *Ioann. Lupus de Palaci. Rub. in repet. cap. per vestras, notabili 6. in princip. num. 6, in fin. vers. Prædicta tamen, et num. 9. et §. 5. numer. 11. et numer. 12. versic. Ad cuius confirmationem.*

19 *Barbosa in l. 2. in princ. 1. par. nu. 41. vers. Tertio amplia, et nu. 43. vers. Pro concordia ff. solut. matr.* ait, ex solo instrumento taxationis interesse non posse agi cõtra debitorem, nisi articuletur, & probetur quantitas damni emergentis, aut lucri cessantis, & tunc nõ tam obtineri ratione promissionis, quam ratione interesse uere probati.

20 *Antonius Gabriel. lib. 3. commun. tit. de solutionib. concl. 10. num. 4.*

21 *Claudius Bertazolus in additionib. ad consilium criminale Bartholomæi Bertazoli 262. vers. Secunda conclusio*, ait, taxationem interesse sustineri, si creditor probet, sua interesse tanti, quantum fuit taxatum.

22 *Carrocius in additionib. ad consil. Decij 39. ex numer. 4.* prosequitur latè, *et in additione ad consil. 116. nu. 30.*

23 *Thesaur. libr. 3. quæst. forens. quæst. 71. numer. 1.* ait, non stari quantitati interesse taxatę a principio, quia sapit vsuram.

24 *Andreas Gayl. obseruat. pract. lib. 2. c. 5. nu. 16.* dicit, cõuentionem de certo interesse tanquam usurariam non

subsi-

subsistere propter fraudis suspitionem, cùm interesse eo tempore adhuc incertum sit, sustineri tamen, si creditor probet, tanti sua interfuisse.

25 *Mascard. de probationib. concl.* 934. *ex nu.* 25. dicit, hanc taxam esse irritam, & nullam, cùm sapiat vsurariam prauitatem, & Scribentes omnes communi consensu id tradidisse, & posteà *nu.* 50. ait, per probationem posteà subsequutam sustineri dictam conuentionem.

26 *Thusc. lit. I. concl.* 308. *num.* 2. 8. 15. 16. 17. 18. 23. 34. & 45. *cum seqq.* semper requirit probationem pro exigendo interesse, siue conuento, & ad certam quantitatem a principio redacto, siue non conuento.

27 *Tepatus in compendio var. tit.* 169. *c.* 11. *versiculo Conuentio*, dicit, conuentionem de certo interesse lucri cessantis esse vsurariam.

28 *Gratian. discept. for. tom.* 2. *c.* 387. *ex n.* 8. ait, taxationem non reddere contractum illicitum, sed exactionem, quare si quis probet sua interesse, poterit vti contractu: sed taxatio habebitur pro non facta.

29 *Ioannes Gratianus regula* 243. *lim.* 6. *num.* 3.

30 *Greg. Lopez in L.* 31. *tit.* 11. *p.* 5. *gloss.* 2. *circa medium*, ait, quòd si taxaretur illud plus, quod est vltra sortem nomine interesse, non teneret taxatio, sed probandum est verum, & iustum interesse, quia in mutuo tanquam in materia prohibita non statur confessionibus Partium.

31 *Ambros. de Vignate de vsur. ex num.* 49. *ad* 52. reprobat taxationem interesse à principio.

32 *Petrus Gregor. tract. de vsur. lib.* 1. *c.* 2. *num.* 5. ait, in ista taxatione interesse esse vrgentissimam fraudis suspitionem, & esse sententiam veriorem, quæ hanc conuentionem reprobat, & tandem iis consentire videtur, qui eam sustinent, ex probatione veri interesse subsequuta.

33 *Plotus de in litem iurando,* §. 11. *num.* 15. & 16.

34 *Ioan. Baptista Lup. de vsuris comment.* 1. §. 6. *ex num.* 121. dicit, conuentionem de certo interesse esse omninò illicitam, cùm sapiat vsurariam prauitatem. Sed *num.* 126. ait, sustineri, si probet creditor tanti sua interfuisse in vim probationis deductæ.

35 *Gutierez de iuramento confirmatorio,* 1. *p. c.* 2. *num.* 5. vbi post factam taxationem interesse, vt valeat conuentio, exigit probationem.

36 *Ioann. Dilectus de arte testandi, tit.* 6. *cautela* 48. *nu.* 1. ait, id, quod interest nò posse taxari, ab initio ad certam summam, ante quam debeatur.

37 *Benuenut. Stracc. de mercatura, par.* 4. *tit. de contract. mercatar. num.* 2.

38 *Felicius de societate cap.* 24. *nu.* 64. *ad* 71. dicit, non valere pactum de certo interesse præstando, & ex eo, quod subsequatur probatio poterit saluari à labe vsuræ, & *numer.* 85. *vers. Taxatio.*

39 *Gaspar Roderic. de annuis redditibus, lib.* 3. *quæst.* 5. *ex nu.* 39. & *quæst.* 7. *ex num.* 24. *ad* 26. & *num.* 55. & *quæst.* 8. *ex num.* 12. & *nu.* 22. ait, pactum de certo interesse non valere ad probationem, quod intersit, neque quãti intersit, sed requiri probationem veri interesse, & in hac materia vti suspecta non esse standum pactis, neque confessionibus Partium.

40 *Marianus Freza de præsentatione instrumentor.* 7. *par. q.* 11. ait, instrumẽtum, in quo est promisum certum interesse, censeri adhuc illiquidum, nisi probetur de verò interesse: nec stabitur asertioni certæ quantitatis, nisi certa probetur, allegat *Bartol. Bald. Alexand. & Decium*, & dicit esse veram conclusionem.

41 *Hania Volano de commercijs, lib.* 2. *c.* 2. *nu.* 31.

42 *Paschalis de viribus patriæ potest.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 235. proponens quæstionem, refert multos ex prædictis, & sic videtur eorum sententiam approbare, à quibus non recedit.

43 *Scaccia de commercijs,* §. 1. *quæst.* 7. *par.* 2. *ampliatione* 8. *num.* 27. & ex *num.* 55. & *nu.* 60. dicit, istam taxationem interesse esse illicitam, sustineri tamen ex probatione postea facta.

44 *Graffis de exceptionib. excep.* 32. *num.* 80. iuncto *nu.* 84. dicit, pactionem de certo interesse esse reprobatam, nisi vbi probatur de verò interesse, nam tunc sustinetur, & est optimus locus, quia statuit regulam cum limitationibus.

45 *Colerus de processib. execut. par.* 1. *capit.* 10. *ex num.* 118. ait, interesse taxatum peti non posse; nisi probetur tanti interfuisse creditoris; cum tamen admittat petitionem, & executionem instrumenti, in quo promisæ sunt vsuræ moderatæ absque probatione aliqua, quas credit, in foro externo licitas esse, & permitti debere, vt euitetur necessitas probationis interesse, eaque tradit ex *num.* 90. Quod arguit hæreticum hominem probè calluisse discrimen inter vsuras, & interesse, dum illas dicit non egere probatione, hoc sine probatione exigi non posse.

46 *Vrsinus decis.* 84. *numer.* 3. 5. & 6. dicit contractum de soluendo certo interesse ob quantitatem sortis non solutam esse illicitum, & censeri factum in fraudem vsurarum.

47 *Marta dec.* 165. *ex nu.* 1. asserit, & probat, hunc contractum taxationis interesse à principio esse reprobatum, & illicitum.

48 *Bellonus decis.* 91. *num.* 31. & 32. vbi facta taxatione à principio de interesse per instrumentum, debitor non est condemnatus ad interesse taxatum, quia taxatio interesse à principio est omni iure reprobata, sed ad interesse liquidandum nulla habita ratione taxationis, & *dec.* 193. *num.* 5. & 6.

49 *Cavalcanus decis.* 35. *ex num.* 17. 1. *part. et decis.* 43. *numer.* 4. *et num.* 69. *et* 70. 2. *part.* ait, si interesse non sit taxatum à lege, non attendi taxationem factam in instrumento, neque illum censeri liquidum, neque mereri executionem.

50 *Gamma decis.* 210. *numer.* 18. ait, quòd non potest à principio promitti certa quantitas præstanda annuatim nomine interesse, taliter quòd promittatur vniformis præstatio.

51 *Mastrillus decis.* 245. *ex num.* 28. reprobat taxationem interesse à principio, & vt eius petitione possit obtineri, exigit probationem.

52 *Peguera decision.* 147. ait, quòd conuentio de soluendo certo interesse dum non soluitur pecunia debita, est vsuraria.

53 *Mobedanus decis.* 102. *aliàs* 1. *ex num.* 1. *de vsuris*, ait, interesse taxatum deberi, dummodo legitimè probetur, non aliter.

54 *Rota Romana apud Farinac. vol.* 2. *decis. criminal. decision.* 211. *nu.* 5. ait, esse conclusionem, quam semper Rota amplexa fuit, certum interesse conuentum non deberi, vti vsurarium, & *decis.* 331. *ex num.* 1. sustinetur taxatio interesse facta à principio ex probatione subsequuta, non aliàs, *et ibi num.* 16. ait, quòd taxatio certi lucri non facit contractum vsurarium, sed exactio; vnde si creditor non vult exigere, nisi quod sua intersit, contractus erit validus, & taxatio habetur pro non facta, *et decis.* 362. *num.* 3. *et decis.* 372. *ex n.* 8. ait, quod taxatio interesse non vitiat contractum sed redditur superflua, si aliunde non

constat creditoris interesse, & censetur non facta neque illa vtitur creditor, si non probat ligitimis probationibus interesse suum ad effectum exigendi.

55 *Farinac. cons. 163. lib. 2.*

56 *Cassanaus in Consuetud. Burgund. Rubric 4. §. 23. in princ. num. 25. vers. Et in hac lege.*

57 *Didacus Perez in Rubr. tit. 2. lib. 8. Ordinamenti, pag. 21. col. 1. vers. Ratio, quia à principio.*

58 *Mozzius de contractib. tract. de mutuo. tit. de naturalib. mutui, num. 24.*

59 *Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. nu. 304. 305. & 314.* (60. *Camil. de Medic. cons. 30. ex nu. 49.*)

80 Probatur hæc sententia primo, quia cùm contractus fit, interesse est factum futurum, de quo nulla potest esse certitudo, & quod multis de causis potest impediri. Ergo non potest tempore contractus taxari, & reduci ad certã quantitatẽ, quasi per diuinationem, & prophetiam, ac per consequens probatio requiritur, per quam reddatur certũ, quòd intersit, & quanti intersit, & quòd concurrant conditiones, quas requirunt Doctores, vt interesse debeatur, quæ per solum contractum non constant. Veluti ad obtinendum interesse lucri cessantis, quòd creditor sit solitus negotiari, iuxta *textum in l. non vtique 3. §. vltim. versic. In hanc arbitrariam, ff. de eo, quod certo loco, & gloss. celebrem ibi verb. Solebat.* & doctrinam non minus celebrem *Pauli de Castro ibid. num. 3.* vt inferius tangemus, & alia, quæ Doctores requirunt. Inefficax est igitur; & inutilis taxatio certi interesse à principio, nisi accedat probatio, qua seclusa censenda esset vsuraria. Præsertim cùm interesse non possit esse omnibus annis vniforme, & æquale, sed necessariò vno anno maius, alio minus.

81 Secundò, quoniam taxatio interesse si probationis necessitatem secludas, non differt ab vsura, nisi solo nomine: ac proinde lex naturalis, quæ vsuras prohibet, & lex canonica, cum legibus ciuilibs Catholicorum, impositæ esset verbis, & non rebus: contra regulam *leg. 2. §. vltimo, in fin. Codic. commun. de legat.* si quidem permitterent contractus de certo interesse soluendo vltrà sortem, prohibent tamen contractus de certis vsuris soluendis. Quæso enim si ego sum fœnerator, & volo sub vsuris mutuos dare centum ducatos quid intererit, an dum illos cum incremento decem ducatorum ad finem anni vltra sortem soluendorum ratione vsurarum, vel ratione interesse? Vtroque enim modo ultra sortem recipio decem solum mutato nomine vsurarum in nomine interesse, & paliatis sub hoc nomine vsuris. Quis erit tam stultus, vt ex sola mutatione verbi vsuræ in nomen interesse, primum contractum iudicet illicitum, secundum iustum, & legitimum? Ergo vt euitetur paliatio vsurarum, & cernatur discrimen inter vsuras, & interesse, semper requirenda est probatio, qua constet de certo interesse: quæ si defuerit, receptũ vltra sortẽ, planè erit usura. Iudices autem Christiani tenentur obuiare vsurariæ prauitati, & usurarum occultationi, *cap. 1. et 2. de vsur. in 6. et Clement. 1. de vsur.* radicitusque tollere occasiones peccandi. Alioqui non erit immunis à culpa, & delicto, qui manifesto facinori desinit obuiare cum possit, *cap. consentire dist. 83. et per totam cap. facientis, dist. 86. et per tot. cap. negligere 55. secunda quæst. 7. cap. qui potest, et c. vltim. 23. quæst. 3. cap. præterea eadẽ caus. 23. quæst. 8. cap. sicut dig. nu. 6. §. illo etiam, de homicid. l. omne, delictum, §. Qui præpositum, ff. de re milita. Lucas de Penna in l. prohibitum 5. ex numer. 12. Codic. de iure Fisci, lib. 10. Menoch. de recuper. poss. remed. 1. num. 55. Farin. in praxi crim. quæst. 51. ex nu. 1. Seneca in Troade, vers. 290. qui non vetat peccare cùm possit, iubet.*

82 Neque dicas, tunc esse suspectum istum contractum, cum factus fuerit à solito fœnerari; secus cùm sit ab homine alieno ab ista suspitione. Ergo enim dico contractum esse ex se, & natura sua suspectum, & forsassis qui nunquam fuit solitus fœnerari, volet incipere fœnerari. Quarequicunque contrahens, quisquis ille sit, vt obtineat interesse, debet probare sua interesse, & quanti intersit. Et in hac re nulla est habenda fides declarationib. aut confessionibus contrahentium, quantumcunque sint integræ fidei, veluti in materia suspecta, *l. qui testam. 27. ff. de prob.* cum alijs, quæ posteà adiungemus *num. 96.*

83 Tertiò, quoniam omnes censent, adiectionem certæ pœnæ in datione quantitatis reijciendam esse, tanquam appositam in fraudem vsurarum, vt nullus discrepet ab hac sententia, vt dixi paulò superius *numero 74.* Ergo similiter reijcienda est taxatio interesse certi in datione quantitatis, & censenda apposita in fraudem vsurarum, cum eandem sit omnino ratio, & nulla disparitas possit excogitari, alioqui solo mutato nomine pœnæ in interesse redderetur prædicta doctrina communis Doctorum illusoria.

84 Quartò, quoniam contractus censualis ita celebratus, vt remaneat debitor obligatus ad restituendum capitale intra certum tempus, putà duorum, uel trium annorum, & interim ad soluendas tertias ad rationem sex, vel septem pro centenario, ex omnium sententia est vsurarius, reprobatus, & inualidus. Ergo contractus mutui, quo quis obligatur restituere sortem principalem intrà certum tempus, & interim ad rationem sex, vel septem pro centenario, dum non soluit sortem principalem ratione interesse, erit item vsurarius, & reprobatus. Consequentia apertè probatur, quoniam inter duos istos contractus nullum est aliud discrimen, quam in nominibus, in substantia enim, & re idem omninò sunt.

85 Contrariã tamen sententiam, quinimò pactum adiectũ contractui mutui, quo taxetur certa quantitas interesse pro tempore, quo non soluitur sors principalis, sit validum, & efficax, vt ex eo agi possit, & executioni mandari instrumentum, quo contineatur tanquam liquidum, non expectata vlla alia probatione, dummodò interesse taxatum moderatum sit, consuetum, & verisimile, tuentur quidam alij. Ex istis sunt *gloss. in cap. dilecti filij 17. verb. Cum iustis, & moderatis expensis de foro comp.* iuxtà *tex. in l. vlt. ff. de Præt. stipul. a. Albericus in l. 1. nu. 31. C. de summa Trinitat. & Fide Cathol.* qui eam glossam approbat, præmissa tamen generali regula, quod interesse debeat probari per testes, & alias legitimas prorogationes.

3 *Decius in cap. cùm venerabilis, num. 65. de exceptionibus* agens tamen de contractu venditionis, iuxta, *l. curabit, C. de act. empt.*

4 *Nauarrus cons. 1. ex num. 1. de offic. Iudic.* dicit, instrumentum, quo quis se obligat ad soluendum centum mutuo data cum interesse ad rationem quinque pro centenario, si reus non allegat esse vsurarium, posse, & debere executioni mandari.

5 *Bertazol. cons. criminal. 2. ex num. 21. lib. 1.*

6 *Cæsar de Grassis dec. 188. alias 2. de vsur.*

7 *Bellonus decis. 34. num. 5.* sibi contrarius.

8 *Surdus decis. 259.* vbi ait, stante conuentione de certo interesse, non opus esse probatione.

9 *Costa de portione rata, quæst. 91. num. 16. cum quibusdam antecedentibus.*

10 Men-

10 *Menchaca q.vsufrequent.lib.3.cap.60.nu.25.*

11 *Ponte de potest. Proregis,tit.4.§.5.ex n.68.& num.64.*dixit,hanc quæstionem quamuis in Curia Romana habuerit difficultatem,tamen in Regno nullam habere dubietatem.

12 *Parladorius lib.2.rer.quotid.c.fin.1.par.§.12.nu.36.* vbi ait, instrumentum continens certum interesse, posse executioni mandari, & conuentionem esse ratam, quod probat ex prædicta *l.fin.ff.de Prat.stipul.*

13 *Scipio Theodorus,*collegat noster,*allegat.40.nu.30.* ait, interesse lucri cessantis ex mora debitoris passim refici de stilo Sacri Consilij absque alia probatione, eo quòd semper sũt occasiones emptionum ad rationem septem, vel octo in hac ciuitate,& Regno.

14 *Scipio Rouitus in pragm.1.nu.45.de vsurarijs,*qui refert pro hac sententia decisionem S.C.

15 *Marcellus Marcianus,*Collega noster,*cons.50.num.7.*

16 *Pereira decis.84.num.1.in fin.* præmisso tamen, quòd regulariter non liceat à principio pacisci super interesse mutui.

17 *Cancer.var.resol.p.3.c.7.n.73.*

18 *Castillo quotid.controuers.lib.2.cap.1.numer.67.*sed non probat.& credo eum passum æquiuocationem, dum allegat pro sua sententia Theologos, qui loquuntur de foro interno.

19 *Fontanella de pactis nuptial.tom.2.claus.5.gloss.9.ex nu.19.*admittit taxationem certi interesse, dummodò mutuator sit solitus negotiari.

20 *Gaitus de credito,cap.2.tit.7.quæst.2.ex nu.1723.*latè & agens de hoc Regno Neapolitano,*ex nu.1757.* vbi dicit, quòd semper vidit in Regno seruatum, fieri contractus mutui cum taxatione certi interesse, etiam ad consilium doctissimorum Iesuitarum.

86 Iste allegat alios pro hac sententia, qui re vera eam non amplectuntur,allegat *Castillo decision.148.numero 10.* qui nihil certum in hoc articulo statuit, sed ibi proponit vnum argumentum ex ijs, quæ in illa lite pro vno ex litigatoribus adducebantur, allegat *Felicium de societat.cap.17.*qui nihil dicit ibi ad rem attinens, tractat enim de lucro in contractu societatis, allegat item *Ioseph. Ludouicum decis.Perus.45.num.20.& 25.* sed ille locus nihil ad rem,statuit enim ibi, esse notorium damnum emergens pupilli, cuius pecunia non fuit collocata in Banchis, vbi datur honestum lucrum,& sic tutores de illo interesse teneri, cum notòrium sit, adesse in loco tales Bancos, & rationes.

87 Possent etiam pro hac sententia allegari omnes, quos sectionibus præcedentibus retulimus, qui censent, posse in contractibus constitutionis, vel restitutionis dotium, aut venditionis,taxari interesse à principio, quasi in contractu mutui militen eędem rationes.

88 Ex quibus quidam,ita explicant suas illas sententias, ac per consequens istam, vt debet intelligi, conuentionem de certo interesse in istis contractibus valere, non quidem in vim conuentionis, vt ex illa agi possit tanquam ex contractu, sed valere in vim transactionis, & probationis,quasi de incerto interesse per hãc taxationẽ transactum sit inter partes, reducendo ad certam quantitatem,& confitendo interesse ad eam quantitatem ascendere,vt euitetur difficultas probationis, *iuxta l. vltimam, ff.de Prætoris stipulationib.* Atq; ideò ex hac conuẽtione resultare, vt per instrumentum constet de interesse creditoris, & ille nulla alia facta probatione habeat intentionem fundatam. Inter hos sunt *Decius in dict. cap.cum venerabilis,numer.65.de exceptionib.Couarru.lib.3.variar.cap.4.numer.5.versic.Septimo eadem,circa finem, Menchaca quæst.vsufrequent.lib.3.dict.cap.60.numer.26. Pereira d.decis.84.numer.1.in fin.Gutierez de iurament.confirm.1.par.cap.2.numer.5.Fabius Galeotus controuersia 56. num.26.tom.1.Gaspar Rodericus de annuis reddit.ibus,lib.3. quæst.5.numer.4.& 50.*non satis sibi constans alios refert *Felicius de societate, capitul.24.numer.65.* nescio an satis fide.

89 Ex qua declaratione *Menchaca d.num.26.*quem sequitur *Gutierez vbi supra,*ait oriri notabilem effectum,videlicet, vt debitor possit probare, non tanti interfuisse creditoris, quantum ab initio conuenerat, & taxatum fuerat,id,quod non posset si ea conuentio in vim conuẽtionis valeret.Quod ex eo prouenit,vt aduertimus supra *hoc titulo disput.3.num.23.& hac eadem disputat.num.13.* iuxta egregiam doctrinam *D. Francisci Sarmiento libr.3.selectarum, capit.6.numer.11.* quòd omnis probatio admittit probationem meliorem in contrarium. Quare si produceretur à creditore instrumentum guarentigium, quo contineretur taxatio huius interesse; petente ex illo, executionem contra debitorem,non debet illi concedi cum effectu,nisi data ipsi debitori facultate probandi contrarium cõcesso termino,saltem summario, quo si velit probare, possit, non interfuisse creditoris tanti, quantum in instrumento continetur, quod etiam animaduertit *Iosephus Ludouicus commun. opinion. titulo de statutis, conclus.3. versicul. Opinio tenentium,Gaspar Rodericus de annuis redditibus lib.2. quæst.3. numer.62.in fin.& Carrocius tractat. de locato, titul.de vsuris,quæst.1.numer.6.* quamuis ille credat, & male, admittendum debitorem ad probationem facta prius executione,& solutione.

90 Hæc sententia, quæ iuxta hanc declarationem habet quandam speciem probabilitatis, si quam habet,probatur.Primò ex *textu,qui videtur expressus in l.vltim.ff.de Prætor.stipulat.* vbi I. C. consilium dat, nè fiat stipulatio de interesse in genere propter difficultatem probationis, sed exprimatur certa quantitas quod commodius esse ait,cum qua lege conuenit *textus in §.non solum,vltimo, institut.de verbor.obligat.*

91 Secundo,quoniam in ciuitatibus, in quibus est facultas, frequentes occasiones, & promptitudo emendi annuos redditus, seu introitus, notorium est,creditorum interesse habere pecuniam præ manibus, cum eam possint collocare in emptione annuorum reddituum. Similiter est notorium, quanti intersit,quia quantitas taxata pro annuis redditibus ad rationem septem,vel octo pro centenario est iusta, & verisimilis, est item taxatio certi interesse, quod ex pecunia verisimiliter, & secundum morem Regionis percipi solet. Ex quo fit,vt tãquam in notorio facti permanentis,non opus sit alia probatione, *Iosephus Ludouicus decisione 45. Perusin. numer. 20.cum sequentibus.*

92 Tertio, quoniam interesse probari potest per coniecturas probabiles,& verisimiles,vt docuit *Bart.in l.vnica, num.33.in fin.C.de sent.quæ pro eo quod interest,& ibi additio Alexandri idem Bart.in l.si traditio 4.numer.2.Cod.de actor.empt.Mascardus de probationib.volum.2.conclus.930. interesse probationem,num.2.et conclus.934.agenti ad interesse,num.20.et 21.Gaspar Rodericus de annuis, reddit.lib.3.quæst.5.numer.24. Bellonus decis.139.numer.9.Scaccia de comercijs, §.1.quæst.7.part.2.ampliatione 8.num.241.* Ergo vbi adsunt coniecturę tãm probabiles,quàm notorietas lucrorum,verisimilium,& communium, quæ percipiuntur ex pecunia cõuersa in emptionem annuorum

redditũum, quæ qui vis etiam poteſt percipere, habebit iudex iuſtiſſimè pro probato, & notorio intereſſe lucri, quoniam à communiter accidentibus ſumitur probatio cõcludens in hac ſpecie. *Surdus deciſ. 259. num. 8. Maſtrill. deciſ. 245. num. 18.*

93 Quarto, quoniam probato intereſſe in genere, ſine liquidatione certæ quantitatis, aut vbi veriſimiliter conſtat de illo, etiamſi non cõſtet de quantitate illius, iudex poteſt illud ex officio taxare, vt docuit *Bartol. in l. vnica, num. 33. Cagnolus n. 53. & 54. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt, idem Bart. in l. ſi quod ex pamphila 75. numero 3. et ibi additio ff. delegat. 2. et in l. vnica, num. 1. Codic. de colonis Illiricanis, libro 11. Marianus Socinus in capite dilecti filij, numero 6. §. gloſſa finalis, verſicul. In eadem gloſſa de foro competente, et in capitul. calumniam 4. num. 117. de pœnis Bertazol. conſ. crimin. 278. num. 14. lib. 2. Rebuff. in repet. dict. leg. vnic. Codic. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt, gloſſ. verb. In alijs. ex num. 40. Franchis deciſio. 687. numer. 4.* loquens de fructibus. *Surdus conſ. 327. num. 54. et 55. et de alimentis, titulo 1. quæſt. 45. num. 46. et 47. Scaccia de commercijs, §. 1. quæſt. 7. part. 2. ampliatione 8. numer. 234. et 242. Gratianus diſceptat. forenſ. tom. 2. cap. 258. ex numero 44.* Idque planè probat *textus in l. ſemper 15. §. hoc interdicto, vſque ad finem legis, ff. quod vi, aut clam, & in dict. leg. vnic. verſic. In alijs autem caſibus, Cod. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt, dixi ſupra num. 42.* Sed in ciuitatibus, in quibus adſunt frequentes occaſiones emptionis annuorum redditũum, planè conſtat de intereſſe creditoris in habẽdis præ manibus pecunijs, vt poſſit eas implicare in re fructuoſa. Ergo iudex ſine vlteriore probatione poterit condemnare ad intereſſe taxatum arbitrio ſuo nedum ſi inter parte de certo intereſſe moderato, veriſimili, & conſueto conueniſſet à principio.

94 Verum ſi quis attentius expendat, & ſcrutetur, altiuſque conſideret huius poſterioris ſententiæ fundamenta, & introſpiciat incommoda, & damna quæ ex ea oriuntur, animaduertet, omnia eſſe meras vanitates, & figméta, & laqueum diaboli ad decipiendos vſurarios, & eorum vſuras occultandas, & paliandas ſub honeſtorum nominũ velamento, & lupos ſub ouina pelle, in quo maxime oneratur eorum iudicum conſcientia, qui illam in praxi admiſerunt.

95 Ideò nihilominus non eſt recedendum à priori ſentẽtia, quę vincit, & authoritate, & rationum pondere, communior, magiſque recepta eſt in omnibus Tribunalibus, & in conſcientia tutior, ac proinde magis eligenda, *cap. iuuenis 3. de ſponſal. & matrimon. capit. ſignificaſti 18. §. quod ſi diſcerni, de homicid. capitul. conſilium 2. de obſeruat. ieiun. Surdus de alimentis, tit. 8. priuilegio 88. num. 4. Sanchez operis moralis, libr. 1. capit. 10. numero 10. & 11.* Reipublicæque Chriſtianæ conuenientior, & vtilior, vtpotè quæ vſuras exterminet, eiſq; omninè aditũ occludat. Iuxta quã ſtatuenda eſt ſexta concluſio. In mutuo non valet pactum adiectum de certo intereſſe à principio, vt poſſit executioni mandari in vim conuentionis, neque in vim tranſactionis, confeſſionis, aut probationis. Sed vt poſſit quis obtinere intereſſe ex mutuo, debet probare, quòd ſua interſit, & quanti ſua interſit, ſaltem veriſimiliter, & probabiliter, ſine qua probatione iudex, non poteſt condemnare debitorem ad ſoluendum intereſſe; etiam ſtante inſtrumento, in quo contineatur taxatio intereſſe à principio.

96 Hæc concluſio probatur efficaciter rationibus adductis pro prima ſententia. Deinde quòd taxatio non valeat in vim tranſactionis, probationis, aut confeſſionis, probatur manifeſtiſſimè, quoniã in materia prohibita, odioſa, & ſuſpecta, & vbi legibus aliquid ſtatuentibus poteſt fieri fraus, qualis eſt proculdubio, caſus vſurarũ, non ſtatur confeſſionibus, & aſſertionibus Partium, etiam iuratis. Notat *Guzman de euictionibus, quæſtio 14. n. 13. Larrea deciſ. 84. n. 16. in fine.*) Quando enim id, quod in actu requiritur ad iuſtificationem, & legitimitatem, eo quod prohibitum ſit alter fieri, conſtat ex ſola confeſſione eius, qui actum facit, præſumitur fraus facta legi, & ſimulatio, niſi aliùde veritas probetur, iuxta ea, quę Doctores notant *ad l. per diuerſas, C. mandati, Alexand. conſil. 36. viſo Themate libro 2. Craueta conſilio 145. numero 7.* Et probat *textus expreſſus in leg. qui teſtamentum 27. ff. de probat. in leg. cùm quis decedens 35. §. Titia ff. de legat. 3. in leg. ſi fortè 8. ff. de caſtrenſ. pecul. in leg. 3. titulo 14. part. 3. Meminit Decius conſilio 132. numero 2. Tiraquellus latè in leg. ſi vnquam, Verb. Donatione largitus, ex numer. 87. C. de reuoc. donat. Gregorio Lopez in leg. 31. tit. 11. par. 5. gloſ. 2. Auendan. de exequend. mandat. 2. part. cap. 29. numer. 5. verſic. Si vero non eſt contentio, Gaſpar Rodericus de annuis redditibus, libr. 1. quæſt. 13. numer. 4. & libr. 3. quæſtion. 5. num. 40.* quibus locis refert plurimos, *Maſcardus de probationib. volum. 2. concl. 934. agenti ad intereſſe, num. 27. & 28. Mathias Colerus notabiliter de proceſſib. executiuis, p. 1. cap. 10. ex num. 121. Carrocius deciſion. 13. ex numero 1. Caſtillo deciſ. 112. ex num. 17. libr. 2. & deciſ. 243. num. 35. lib. 3. Rota diuerſorum deciſ. 775. num. 2. 4. par. Caualcanus deciſ. 2. nu. 32. par. 2. Maſtrillus deciſ. 303. ex num. 16. Farinacius deciſ. 52. num. 5. 1. par. tom. 1. idem Maſtrillus ad Petrum Gregorium de cenſibus, ad quæſtionem 5. numer. 183. Scaccia de commercijs, §. 1. quæſtio. 7. part. 2. ampliatione 8. numer. 56. Santarellus variar. reſolut. quæſt. 28. num. 1.* Ego notaui ſupra *tit. 1. diſputat. 3. numer. 5. & 29.* vbi allegaui multos, & res eſt notiſſima. Ergo pactũ iſtud adiectũ in mutuo non poteſt valere in vim confeſſionis, neque probationis, neque tranſactionis, eſt enim color quæſitus ad paliandas, & exercendas vſuras. Euidens enim eſt eum, qui publicè fenerari velit, facilliſſimè poſſe tẽpore mutui dati, quemadmodum extorquet vſuras, ſic à debitore extorquere confeſſionem, ſeu declarationem, & tranſactionem pro intereſſe certæ quantitatis, quod dicat habere pro probato, ſe obligando illud reddere vltra ſortem. Solo enim verborum cortice mutuato; appellaroque intereſſe pro vſura fiet contractus legitimus ille, quia de ſui natura eſt vſurarius, & iuſtitia pendebit ex verbis. Quare rectè notauit *Felicius de ſocietate, d. cap. 24. num. 70.* taxationem non valere in vim probationis. Et mirũ eſt, cùm hæc ratio aduerſus ſecundam ſententiam in prõptu ſe offerat ex iſta vulgariſſima doctrina, nullum ex ijs, qui eam ſequuntur, ille ſatisfacere, neque quidquam reſpondere.

97 Secundo, quoniam non ex eo, quòd in ciuitate ſit occaſio frequentiſſima emptionis, & venditionis annuorum redditũum (verbum quod excidit *Couarr. lib. 3. variarum capit. 1. numer. 3. verſiculo, Sexto hinc, in fine,* agenti de taxatione intereſſe dotis non reſtitutæ viduæ pauperi, cui debẽtur alimẽta, & à multis creditur extẽdi poſſe ad omnes caſus taxationis intereſſe, per perniciosum errorem) cenſeri debet probatum intereſſe lucri ex mutuo, vel omni alio debito, cuiuſq; prædictã ciuitatem habitantis, vt rectè monuit *Gaſpar Rodericus de annuis redditibus libro 3. quæſt. 8. numer. 20. circa finem,* vbi ait praxim (de qua mentionem fecerat *eodem libro quæſtion. 7. numer. 53.*) Iudicum taxantium intereſſe, & illud adiudicantium ſine probatione, ob frequentiam redditũum videti

deri periculosam, & vix iure defendi posse, refertque Bolognetum in l. vnica, num. 127. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest, dicentem, semper sibi visam esse iniquam, quemadmodum nō debet censeri probatū interesse lucri omnium Ciuium alicuius ciuitatis ex eo, quòd in ea sit vnus vel alter mercator, qui lucratus sit, quia neque omnes sunt mercatores, & soliti negotiari, neque omnes negotiatores lucrantur. Similiter non omnes ciues in istis ciuitatibus, in quibus sunt frequētes emptiones, solēt libenter collocare suas pecunias in annuis redditibus. Ergo manifestus erit error, iudicare interesse creditoris mutuantis pecuniam, qui nunquam dum vixit, emit, aut emere voluit annuum redditum, ascēdere ad quātitatē annui redditus. Quo enim argumento hæc taxatio innitetur? Num fortè in possibilitate? Omnes igitur, qui habent pecunias, cum quibus lucrari possunt, sunt lucraturi? Ac per cōsequens impossibilis est vsura, quo nihil absurdius potest excogitari. Deinde non sēpe interesse cōsistit in lucro cessante, sæpè enim consistit in dano emergente, cuius taxatio ex annui redditus similitudine erit ineptissima. Igitur non debet censeri generalis, neque cōcludens illa ratio frequentiæ venditionis annuorum redditum ad conuincēdum, interesse taxatum ad rationum annuorum redditum, esse verum interesse.

Quomodo autem sit articulandum, & probandum in-
98 teresse, tàm lucri cessantis, quàm damni emergentis, & quæ conditiones sint seruandæ, vt peti, possit, quoniam nostri instituti non est, tractant Doctores in dict. l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Paul. in l. 3. §. fin. ff. de eo quod certo loco, quem sępissimè Rota sequuta est, vt testatur Rota diuersorum decis. 315. num. 6. part. 2. & dec. 774. num. 2. volum. 4. Puteus decis. 231. die 13. Ianuarij libro 1. Mantica decis. 53. num. 2. & decis. 283. numer. 6. Seraphinus decis. 88. num. 3. decis. 1240. num. 1. & decis. 1427. num. 5. in quibus agitur de probatione interesse, Peguera decis. 32. ex numer. 22. & decis. 33. Mohedanus decis. 1. seu 102. decis. 2. seu 103. decis. 3. aliàs 208. de vsuris, Castillo decis. 133. ex num. 11. lib. 2. Menochius de arbitrar. iudicum, lib. 2. cent. 2. casu 119. Magonius decision. Florent. 103. Colerus de processibus executiuis, 1. part. cap. 10. ex num. 126. vbi optimè Ioannes Baptista Lupus de vsuris commentar. 1. §. 6. ex num. 114. Mascardus de probationibus, volum. 2. concl. 934. agenti ad interesse, Gaspar Rodericus de annuis redditib. libr. 3. quæst. 5. ex num. 20. Castill. quotid. controuersia lib. 2. cap. 1. ex num. 40. cum multi sequentibus, maximè numer. 47. & 48. Felicius de societate, capit. 24. ex numer. 36. qui optimè rem tractat: Scaccia de commercijs, §. 1. quæst. 7. part. 2. ampliatione 8. ex numer. 76. latissimè, & ex numer. 221. Marcellus Cala de modo articulandi, §. 2. glossa vnica ex num. 164. ad num. 168. & num. 234. & numer. 360. & ex num. 416. ad 421. vt omittamus alios.

99 Ad fundamenta prædictæ secundæ sententiæ respondetur. Ad primum, primo dicendum est, l. vltimam, ff. de Prat. stipulat. & §. vltimum, instit. de verbor. obligat. loqui de pena, aut interesse taxato in stipulationibus facti, in quibus non adest metus, neque suspicio vsurarum. Et cùm Doctores debeant explicari, & intelligi secundum iura, quæ allegant vt tradunt Hyppolitus de Marsi. in tract. de fideiussoribus num. 45. aliàs num. 50. qui allegat Bartolum, & Romanum, Ioannes Lupus in repetit. cap. per vestras, notabili 2. numer. 16. versic. Ad textum in cap. nuper, Burgos de Paz in proemio legum Tauri numer. 64. Grammaticus consil. criminal. 22. numer. 13. & consil. ciuili 32. numer. 11. & voto 11. numer. 11. Lambertinus de iure patronat. libro 1. 1. part. quæst. 2. articul. 2. nu. 4. Menoch. de præsumpt. libr. 1. D. Thoma Carleuali de Iudicijs, Tom. II. quæst. 37. num. 4. Thuscus liter. D. conclus. 554. volum. 2. omnes illi, qui pro se allegant textum in d. leg. vltima ff. de Prætor. stipulatio. censendi sunt loqui de casu dict. l. vltim. in quo omnes conuenimus interesse taxari posse, vt dixi supra ex nu. 11. & sic à nobis non dissentiunt, neque contrariæ sententiæ fauent. Ex istis sunt Gloss. in cap. dilecti. de foro competenti, Albericus, & Parladorius, allegati pro secunda sententia, & si qui sunt alij.

100 Secundo respondetur, prædictos illos textus loqui iuxta iura antiqua, iuxta quæ quemadmodum valebat stipulatio vsurarum legitimarum, sic etiam poterat stipulatio interesse taxati, iuxta legitimas vsuras valere, & conuentio ipsa in vim conuentionis valebat eo tempore, absq; eo quod egeret probatione subsequuta cùm vsuræ permittebantur, iam verò nostro tempore, in quo omni iure vsuræ reprobatæ sunt, omnes cōtractus de vsura suspecti reprobantur, qualis est iste taxationis interesse, qui si probatio desit, est tam vera vsurarum imago, vt ab eis solo nomine differat.

101 Ad secundum dicito, vanam esse persuasionem illam, qua multi crediderunt, ex frequentia emptionum, & venditionum annuorum redditum reddi notorium interesse omnium creditorum, quibus pecunias debetur, quasi omnes essent suas pecunias collocaturi in illam emptionem. Et parum abest, vt dicant, in eiusmodi ciuitatibus, in quibus similes venditiones abundant, esse impossibile peccatum vsurarum, nullosque esse iam vsurarios in mundo: siquidem mutuo dare, vt reddatur sors cum interesse lucri, aut damni, iustus, & licitus est contractus proculdubio. At omnis mutuans habet interesse in istis ciuitatibus, ergo nullus, qui mutuo dat est vsurarius: vsura autem sine mutuo esse non potest, vt aduertimus supra nu. 7. Ita fit, vt ista benedicta emptio, & venditio annuorum redditum omnes vsuras exterminauerit, ac peremerit. Certè illa introducta est in his Siciliæ citerioris, & vlterioris Regnis ad extirpandas vsuras in illis frequentissimas, vt planè fatetur Nicolaus V. in extrauaganti solicitudo, inserta in pragm. 1. de censibus, nescio autem, an responderit effectus, adhuc enim serpit malum. Itaque sola frequentia venditionis censuum, non probat interesse creditorum, neque illud reddit notorii. In primis nō reddit notorium damnum emergens creditoris, quod non commensuratur redditibus, censuum, vt est planum. Neque item ex illa potest inferri lucrum cessans. Cum plurimum infertur, pecuniam in istis locis aptam esse ad lucrandum redditus, & habere potentiam remotam ad lucrum. Etenim vbi sunt negotiationes, & emptiones, & commercia, pecunia accedente industria apta est, vt possit collocari, & implicari, aut in mercimonijs, aut emptionibus, aut cambijs, ac per consequens ex illa potest oriri lucrum. Tamen non sufficit probare hāc potentiam remotam, aut esse notoriam hanc potentiam remotam, vt inde censeatur probatum, aut esse notoriū interesse lucri cessantis, & in hoc omnes Doctores vnanimiter conueniunt tàm Theologi, quàm Iurisperiti, vt testatur Castillo dict. decis. 133. numer. 11. in fin. Cardin. Toletus in instruct. Sacerdot. libro 5. cap. 33. numer. 1. versic. Tertia est, vbi dicit, de hoc non esse discordiam inter Doctores, Rota diuersorum, decis. 289. Domini dixerunt, numer. 2. par. 4. Mathias Colerus de processibus executiuis, par. 1. cap. 10. ex nu. 137. Felicius de societate, capite 24. ex numero 50. Scaccia de commercijs, §. 1. quæstione 7. parte 2. ampliatione 8. numero 83. numero 221. et in specie numero 223. (Molina de iustit. tom. 2. tract. 2. disput. 315. num. 13. & disputat. 316. numer. 2. & 3. et sequent.) Vtrum autem isti

creditori in particulari debeatur interesse, non constat, cùm non constet, illum pecuniam suam implicaturum fuisse, aut solitum esse implicare in negotiationem, & in talem negotiationem, quo fit, vt incertum sit, an intersit, & quantum intersit. Ereoim cùm pecunia ex sua illa remota potentia apta sit implicari in redditibus, in mercimonijs, in cambijs, & hoc non solum in ciuitatibus, in quibus abundant emptiones redditutum, sed in omni ciuitate, & loco: nulla enim est ciuitas, nullus locus, in quo pecunia non possit implicari in emptione alicuius mercis, nullum ex istis lucris poterit attribui creditori, dum non constat, in quibus rebus pecuniam suam implicaturus fuisset, cùm omnia prædicta lucra diuersa sint, & diuerso modo taxanda. Probari igitur debet, creditorem esse mercatorem, vel solitum negociari, aut certo destinasse collocare pecuniam in rem fructiferam, annuũ redditum, vel prædium, quorum emendorum occasionem habuerit, eamque amiserit ob carẽtiam mutuatę, vel aliàs debitæ pecuniæ, vt adnotarunt prædicti. Non enim præsumendum est omnes habẽtes pecunias velle emere annuos introitus, quoniam multi sunt, qui nunquam illos emerent, etiam si haberẽt maximã pecuniarum copiam præmanibus, & qui nunquam illos emerunt ex pecunia otiosa, quàm sæpe habuerunt. In hoc autem Regno scita res est, exactionem reddituum esse difficilimam, si ematur redditus à priuatis, expositus est frequentissimo creditorum concursui, quod adnotauit *Franchis dec. 54. num. 3.* qui per multorũ annorum spatia sępè sæpius differtur. Si à ciuitate Neapolitana soluitur difficilime, & cum damno subornationis præpositorum solutionibus, & ad rationem quatuor pro cẽtenario. Si à Regia Curia, Conductores Regiorum reddituum plurima objcientes impedimenta, & causantes non esse pecuniam egrè soluunt, donec partem debiti sibi retineant. Sæpè etiam ob ingruentes bellorum necessitates tertię retinentur à Curia, quæ vt plurimum amittuntur. Quæ difficultates multis emptiones istas redditnum reddiderunt exosas, & viris prudentibus formidabiles.

102 Vt verò ad alia transgrediamur, longè à veritate abest, esse in hac ciuitate, & Regno vniuersalem consuetudinem omnium, & quorumcunque generis hominum, pecuniam non tenere otiosam in arca, sed eam in negotiationibus, & emptionibus implicare, quod asserit *Gaitus dict. quæst. 2. num. 1756.* Quasi bona esset consequentia, est Neapolitanus, ergo mercator, vel negotiator, quemadmodum, & valere consequentiam, est Genuensis, ergo mercator, testatur *Bellonus decis. 139. num. 9. circa finem*, vbi ait, Genuę omnes ferè ciues, siue nobiles, siue plebeij, siue diuites, siue pauperes, siue magistrum gerentes, siue priuatam vitam agentes, siue in dignitate constituti, vt Doctores, siue alius quisque, etiã vt ad mulieres vsque res peruenerit; adeò negotijs cambiorum, & mercium incũbunt, vt vnusquisque pecunias suas quantæcunque, vel quantulecunque fuerint, nec momento quidem temporis patiatur otiosas remanere, sed omnes indifferenter pro viribus, & facultatibus negotia, vel cambiorum, vel mercium præmanibus semper habeant frequentissima, & valeat consequentia, est Genuensis, ergo mercator, cui attestatur *Scaccia de comercijs, §. 1. quæst. 7. part. 2. ampliatione 8. numero 236.* In hac ciuitate, & Regno longè aliter res habet. Sunt plurimi, qui suis redditibus contenti, vel à suis maioribus relictis, vel à se quæsitis, vitam agunt quietam, alieni à negotiationibus, & comercijs, & habent suas pecunias otiosas. Omnes sciunt, egoq; possum testificari, paucis ante annis tantam fuisse pecuniarum summam otiosam, quę asseruabatur in septem Banchis huius ciuitatis, vt haberent singuli decies centena millia ducatorum sub sua custodia, & domini aut non volebant illam pecuniam implicare, aut non habebant in quo tuto collocarent. Et nunc simili modo in tanta pecuniarum penuria, & egestate occasione immanium bellorum, quæ grassantur hisce temporibus per totum Orbem, custodiuntur in singulis Banchis otiosa, plus quã centena millia ducatorũ cum minimum. Sunt multi, quibus prohibita est negotiatio, vt Religiosi, *capitul. secundum instituta 6. nè Clerici, vel monachi.* Officiales, *vt in pragmatica 1. de mercat. Official. probibita, & pragmat. 14. §. 2. & §. 5. de Officialib. & quæ eis prohibit.* Qua propter istis personis non debebitur interesse lucri cessantis, nisi probaretur, collocaturos fuisse pecuniam, si illam habuissent præ manibus in emptionem annuorum redditum, aut prædiorũ, eo quòd in præteritum similiter fecerint de alijs suis pecunijs, quod eis prohibitum non est, aut cõstet, habuisse deliberatum animum emendi, & occasionẽ, & non potuisse ob carentiam pecuniarum, quod animaduertit quoque *Barbosa in l. 1. in principio, 1. parte numero 49. ff. soluto matrimonio, Didacus Perez in Rubrica titulo 2. libro 8. Ordinamenti, pagina 22. colum. 2. versicul. Tamen si esset Doctor. Castillo quot. controuers. libr. 2. dict. capitul. 1. numer. 42. & 46.* Multi item sunt, qui recordati memorabilis illius sententia Rusticorum senum, quam commemorat *Celsus in l. si corus 77. §. his verbis, ff. de legat. 3. pecuniam sine peculio fragilem esse*, bonam pecuniæ partem repositam hobent prędidij causa in subitos casus, veluti itinera necessaria, egritudines, inopinata domesticorum funera, & similes, quam pecuniam sic otiosam, & in arca repositam præsidij causa, peculium dicebant. Magis enim arridet interpretatio *Alciati in l. paterfamilias 182. num. 1. ff. de verbor. significat. quam altera Iacobi Reuardi lib. 5. variar. cap. 17.* quam sequitur *Calsinus in lexico, verbo, Pecunia* Credamus nè, Neapolitanos tam inscios esse, tam incautos, tam imprudentes, vt hoc tam necessarium præsidium sponte sibi auferant, ex omni pecunia lucrum quærentes, & se subitis casibus impræparatos, repentinis necessitatibus improuidos exponant? Hoc neque ipse Gaitus, qui omnes Neapolitanos mercatores esse vult, post hæc scripta visus *in dict. capitul. 2. num. 1921.* audet asserere. Plurimi sunt, qui pecunias, quas habent, hilariter profundunt, Idem facturi si haberent Cresi diuitias, & Arabum gazas expenduntque in ludis, meretricationibus, vanis ostentationibus, famulorum plurium decretis vestibus ornatorum, equorum splendidè, & opulenter phaleratorum, pretiosorum Auleorum celaminumque argenteorum, & aureorum domorũ parietes contegentiũ, supellectilium pretiosarum ex aureis, & argenteis vasis consistentium magnaque copia argenti facti, atque signati, vestium multo auro intextarum, & interdum gemmulis, & margaritis ornatarum, tàm suarum, quàm vxorum, quarum luxuriosis ornamentis amplissima patrimonia non sufficiunt, tantum adest, vt supersit pecunia in negotiationibus implicanda. At omnibus istis ex debito quolibet, si Deo placet, S.C. tribuit interesse lucri cessantis, non secus, ac si haberent publicam mercium apothecam aut essent assueti pecunias suas in annuis introitibus collocare.

103 Imò nec sat est probare, quem esse mercatorem, vt inde certo inferamus lucraturum, vt adnotauit *Mathias Colerus de processibus executiuis, par. 1. cap. 10. num. 138. (Escobar. de Ratiocin. 1. par. cap. 15. ex num. 4.) post Paulum* Ca-

Castrens. Afflictis, & Crauetam, & Scaccia de comercijs, §. 1.q.7.part.2 *ampliatione* 8. *numer*.238. *Hermosilla ad gloss.* 4.*ex numer*.311.*in leg*.10.*titul*.1.*part*.5. Non enim omnes mercatores lucrantur, quinimò plurimi in dies sorn cedunt, non solum non acquisito lucro sed capitali etiam amisso. Non venduntur omnes merces præsenti pecuniæ, multæ habita fide de pretio. Quod si mercator fidem de pretio non habeat relinquetur illi apotheca deserta, & emptores alias apothecas adibunt, vbi de pretio fides habetur. Debitores, qui habita fide de pretio emerunt, tardè,& malè soluunt: sic mercatura exposita est magno iacturæ periculo, non minus, imò fortassè magis quam lucro, præsertim istis temporibus, in quibus feruentia vndique bella comercia omnia disturbarunt, ac penè extinxerunt. Ideò oportebit adiungere probationem, quòd similes mercatores, prout est iste lucrum petens, lucrari communiter consueuerunt decem vel septem pro centenario singulis annis vt notat *Cagnolus in l.curabit,num*.67. *cum sequentibus, C.de actione emptione, Guzman de euictionibus quæstione* 14.*num*.14. Hæc omnia expendere debet, & habere præ oculis iudex Deum timens, cùm tractatur de concedendo, & taxando interesse. Et videri potest mirum, audere iudices modernos sic præcipitanter concedere interesse, tanquam notorium in Regno Neapolitano, cùm antiquiores doctissimi, vt *Afflictis decisione* 20.*num*. 2.*& decisione* 289.*numer*.2. tradiderit, requisitam esse probationem, vt possit obtineri interesse, *& Franchis decisione* 21.*numer*.6. dixerit S.C. circumscripta vsura centesima procedere ad liquidationem, vel iuxta damnum, quod actores patiuntur, vel iuxta lucrum cessans, quod sine probatione constare non potest quod iterum planè tradit *decisione* 120.*numer*.11. Item sic dare interesse ex omni debito, sine consideratione requisitorum, vt interesse possit creditori adiudicari iustè, & sine scrupulo, vt iam nullum sit mercimonium in Regno Neapolitano, in quo possit tam tuto collocari pecuniæ, quàm in emenda lite, in qua diu, noctùque cursu interesse non cessat, & tantò plus interesse crescit, quantò minus lis ab actore sollicitatur, vel tardius à iudice exeritur, siuè iuste se defendat reus, qui non debet temere ius suum indefensum relinquere, *l.illud* 40. *in fine principij, ff. de petitione hæreditatis, l*.29.*titulo*,23.*part*. 4. *Peregrinus de fideicommiss.articulo* 50.*num*.11.neque potest censeri esse in mora, dum habet iustam causa litigandi, *l. sciendum* 21.*l. si quis solutioni* 24.*in principio, ff. de vsuris*, siue calumniosè litiget, nulla facta casuum distinctione, neque attenta personarum discrimine indifferenter fiant condemnationes ad interesse præstandum, quo nihil potest iniquius, nihil Reipublicæ damnosius, cùm hæc sit præcipua causa differendarum litium, & fortassis etiam augendarum.

104 Neque verò negamus, si quando contingerit à principio esse euidens interesse futurum, & eius quantitatem (quod quamuis rarissimè eueniat, aliquando contingere potest) tunc posse taxari à principio, & executioni mandari taxationem, dummodo iudici constet, ita esse vt proponitur. Exemplum sit, si quis emens censum, cum pactis recissorijs, adijceret pactum, quòd si ob cessationem solutionis tertiarum contractus rescinderetur (quod passim fit in hoc Regno, deposito scrupulo Hispanorum, & vt obuiter dictum sit improbant hoc pactum, & reijciendum credunt *Felicianus de censibus, tom.* 1.*lib*.1.*cap*.10.*num*.18.*Auendanus de censibus cap*.19.*ex nu*. 13.*& cap*.101.*num*.5.*Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib*.2.*quæst*.1,*numero* 4.*&* 5. *Gutierrez libr*.2. *practic.quæst.* 175.*Thesaurus lib*.1.*quæst.forens.quæst*.69. *Sesse decis*. 110. *num*.14.*tom*.1.*& decis*. 116.*numer*.18.*&* 69. *tom*.2.*Mantica de tacit.& ambig.conuent.lib*.8.*tit*.32.*num*.25. *Gratian. discept.forens.tom*.3.*cap*.587. *num*. 5. *inclinat Cencius de censibus, part*.2.*capite* 1. *quæst*.3.*art*.5. *numer*.33. Approbant tamen hoc pactum, & vniuersalem huius Regni praxim *Federicus Martini*, doctus planè homo *de iure censuum, cap*.6. *numero* 272. *Hieronymus Gabriel cons*.152.1. *par.Nauarrus cons*.15. *num*.6. *de empt.& vendit. Mastrillus decis*.95.*ex numer*.4. *Lessius de iust.& iur.lib*.2. *cap*.22. *dubit*.11.*numer*.69. *Gratianus discept.forens.tom*.2.*capit*.258. *ex num*. 20. *Leo decis.Valentina* 76.*Seraphinus decis*.1418. *numer*.15.tamet si ibi principaliter deciditur, pactionem istam non vitiare contractum census, non vero illam esse validam, *Fontanella de pactis nupt. tomo* 1. *clausula* 4. *glossa* 18.*part*.3.*ex numer*.86.*Olanus in concordia Antonomiarum, liter.A.numer*,112.qui testatur, eam pactionem visitatam esse apud Nauarros, *Rouitus in pragmat*.1.*de censibus*, qui refert praxim frequentissimam in Regno Neapolitano *ibi ex num*. 35. (*Gizarell.decis*.68.*in princip*.) *inclinat Cenedus de censibus, par*.2.*cap*.1.*quæst*.3.*artic*.8.*ex num*.16. sibi contrarius *Duardus de censibus*, qui optimè disputat, §.4. *quæst*.29.*per totam, & ex numer*.13.*quamuis post ex numero* 28. attenta extrauaganti Pij V. inclinet in contrariam sententiam, si, inquam, adijciatur prædictum pactum contractui census, adijceretur item aliud, vt videlicet debitor in casu rescissionis soluere debeat creditori interesse ad eandem rationē tertiarum, vsque ad integralem satisfactionem capitalis pactum valeret, & esset exequendum, quoniam euidenter apparet à principio interesse creditoris ex rescissione ascendere ad totam quantitatem tertiarum, vel paulò minus. Etenim si contractus non rescinderetur, haberet creditor tertias seu fructum cēsus: rescisso verò contractu cessant tertiæ, & creditor aut eas amittit, aut non lucratur, quare aut damnum, aut lucrum cessans ascendit ad quantitatem tertiarum.

Dixi, *vel paulo minus* quoniam si res adamussim expendatur, interesse creditoris in rescissione contractus non debet æstimari in tota integra tertiarum quantitate, sed aliquanto minus, quamuis enim ex vna parte amittat integras tertias, ex alia parte lucratur, vt possit exigere capitale, quod ante rescissionem non poterat exigere; ac per consequens computato hoc lucro, necessario diminuendum est damnum amissionis. Et re ad iustam bilancē redacta, ego æstimare damnum recissionis ad rationem duorum pro centenario minus, quàm sit quantitas tertiarum: vt fiat æquilibrium inter duos casus, aut exigere ad rationem septem pro centenario, dum non adest facultas recuperandi capitale, aut exigere ad rationem quinque loco septenarij tertiarum, cum facultate exigēdi capitale. Atque in prædicto casu, quo constet à principio interesse taxari posse in damno emergenti sentit *Toletus in instruct.Sacerdot.libr*.5.*capite* 32.*num*.3 *Scaccia de comercijs*, §.1. *quæstione* 7.2.*part. ampliatione* 8. *numer*. 23.*&* 54.*Rebuffus*, loquens generaliter, *in l.vnica, C.de sentent. quæ pro eo quod interest, glossa vltima numero* 45. *Thesaurus quæst.forens.lib*.3.*quæst*.71 *num*.2. in casu census rescissi notat *Rouitus in pragmatic*.1 *de censibus, numer*.38. & enim sequutus *Gait. de credito, cap*.2.*titul*.7. *quæst*.4. *ex numer*.1887. Item in casu, quo creditor recuperaturus pecuniam à debitore obligatus esset eam implicare in annuis introitibus, vt plerumque contingit, si debitor esset in mora soluendi in illis ciuitatibus & locis vbi adest frequentia venditionum annuorum introituum (huic enim casui optimè adaptatur doctrina de qua *supra num*. 91.& in eum apprimè cadit) clarè constaret quantas inte-

interesse, & pro ea posset fieri condemnatio sine vlla alia probatione, & eo pertinet sententia *Bartholomai Socini in regulis, liter. A. regul. 6. fallentia 36.*

105 Ad tertium argumentum concedimus, ad probationem interesse admitti posse coniecturas verisimiles; negamus tamen esse coniecturam lucri cessantis solam frequentiam emptionis annuorum redituum, aut facultatis cambiorum, aut aliarum mercium emendatum, nisi adiungatur probatio, quod petens interesse sit solitus emere annuos introitus, aut dare ad cambium, aut negotiari, & similes campsores, aut negotiatores lucrabantur ad rationem quinque, vel septem, & habuit occasiones, & animum implicandi pecuniam, quas ob illius carentiam amisit, vt latè expendimus *num. 101. & 103.*

106 Ad quartum argumentum simili modo concedimus, cum constat de interesse actoris in genere, quamuis de quantitate liquida in specie non constet, posse à iudice ex officio taxari. Negamus tamen, ex eo solo constare de interesse in genere actoris, quòd in ciuitate sit frequētia venditionis annuorum reddituum, vt satis superiùs probatum est, & dicunt *Rota Romana, & Scaccia allegati numer. 101.* & alij. Atque vt satisfaciamus etiam dicto Gaiti, quòd videlicet viderit fieri hos contractus taxationis interesse, cum consilio doctissimorum Iesuitarum dicimus, non esse ad rem. Nam consiliorum Iesuitarum datur pro foro interno conscientiæ ad relationem consulentis, qui bene videre debet, si se ipsum decipit, aut decipit Iesuitam, qui præsupponit, verum esse, quod illi refertur. Nos agimus de foro externo, & iudiciali, in quo non statur confessioni, aut declarationi partium, sed probationi.

107 Ex prædictis potest colligi resolutio alterius difficultatis, quæ in hoc articulo reliqua est an scilicet valeat pactum, quòd super liquidatione interesse stetur declarationi creditoris? Et duplex potest esse pactum. Aut quod stetur simplici declarationi: aut quod stetur declarationi iuratæ.

108 Quantum ad primum de pacto, quòd stetur simplici declarationi, prima sententia ait, valere. Ita sentit *Bart. in l. in huiusmodi 11. nu. 3. ff. de Prætor. stipulat. post Dynum ibi, Baldus in l. iusiurandum 17. in principio, numer. 1. ex lectura antiqua in fine, ante §. pupillus, ff. de iur. iurando, Bartol. Socin. consilio 90. numero 12. volum. 4. Alexand. cons. 47. num. 4. lib. 1. & cons. 37. numero 3. libr. 2. Afflict. decis. 91. numer. 9. & 10. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 12. num. 37. Asinius in prax. iudiciar. §. 32. cap. 2. ampliatione 12. Felicius de societate, capit. 24. numer. 76. Stracca tract. de mercatoribus, par. 4. tit. de contractibus mercatorum, num. 6. Mascardus de probationibus, volum. 2. concl. 935. illa probationis, num. 35. Natta cons. 450. numer. 8. tom. 2. Fontanella de pact. nuptial. tom. 2. clausula 5. gloss. 9. num. 1. Narbona in l. 23. titulo 13. lib. 5. Recopil. gloss. 4. ex numer. 1. Rouitus cons. 103. numero 2. & 6. lib. 2. Bellonus decis. 134. num. 3. & decis. 78. numer. 7. & 8. Antonin. de Amato lib. 1. resolutio 27. num. 27. & 28. Tapia Iuris Neapolitani libr. 4. Rubric. 4. de cambijs, ex num. 19.* vbi refert decisionem S. C. quam iterum retulit *in decisione 27. S. C. Guzmande euictionibus, quæst. 14. ex num. 1. Hermosilla in l. 10. tit. 1. parte 5. glossa 4. ex nu. 425.* Quam opinionem esse magis communem dicit *Mathias Colerus de processibus executiuis, 1. part. cap. 10. numero 158.* Verum est omnes Doctores huic sententiæ se subscribentes asserere hoc pactum subijci nihilominus arbitrio iudicis tanquam viri boni, vt ipse taxet interesse post declarationem creditoris, si videbitur excessiua, aut inuerisimilis. Quemadmodum cum ipse defert iuramentum parti, idem potest efficere, *l. videamus 4. §. iurare, ff. de litem iurando.* Fundamentum non est aliud, quàm quod contractus legem ex conuentione accipiunt, *l. 1. §. si conuenerit, ff. depositi, leg. contractus 23. ff. de regulis iuris, l. 1. C. commodati, cap. contractus, 85. de regulis iuris in 6. Thuscus liter. C. conclus. 980.*

109 Secundo quia taxatio interesse, quæ à principio est suspecta, post contractum potest fieri, quando iam cessauit necessitas mutuatarij, vt sentit *Panormitanus consil. 64. num. 5. versic. Ad tertiam obiectionem, 1. par. Rebuffusque eum sequutus in l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, gloss. vltima, numero 47.*

110 Secunda sententia est, pactum de stando simplici dicto creditoris non iurato, circa quantitatem interesse, non valere. Hanc tuetur *Signorolus de Homodeis consilio 135. num. 3. & cons. 156. num. 18. Speculator libr. 2. titul. de probationibus, §. videndum 3. num. 7. Salicetus in l. ius iurandum 17. num. 2. Iason. num. 2. ff. de iur. iurand. Baldus in capit. tuis 38. num. 5. extra de testibus,* tamen non firmiter, quia remittit se ad *Bart. in l. vltima, ff. de Prætor. stipul.* simili modo *Paulus in l. videamus 4. §. deferre, num. 3. ff. de in litem iurand.* Imò verò addit *Baldus in dict. l. ius iurandum 17. num. 1.* quòd etiam si pactum opponatur, vt stetur dicto creditoris, censeatur esse pactum de stando dicto, iurato, non simplici *& in capit. cæterum 5. numer. 5. de iuram. calumnia,* ait, quamuis pactum fiat de stando simplici verbo creditoris, nihilominus petente reo tenebitur creditor iurare de calumnia. Eandem secundam sententiam sequitur *Mathias Colerus de processibus executiuis, 1. pars. cap. 10. numer. 159.* referens sic iudicatum, *Caualcanus decis. 2. num. 31. par. 2. Mastrillus decis. 303. ex num. 16. Castillo decis. 112. ex numer. 16. lib. 2.* Probatur hæc sententia primò, quoniam hoc pactum inuitat ad delinquendum, datur enim occasio creditori auaro, & auido, declarandi interesse excessiuum, aut interesse, quamuis nihil intersit, quare nō valebit, *l. illud 5. ff. de pact. dotalib.* alia fundamenta recenset *Colerus d. capit. 10. ex num. 147. ad 150.*

111 Præterea secundo, quòd est vrgentissimum fundamentum, quoniam hoc pacto daretur ampla facultas vsurarijs paliandi vsuras, quilibet enim vsurarius posset mutuare, sub hoc pacto declarandi simplici verbo interesse, & sic vsuræ impunè exercerentur. Hoc autem vitandum est in bene instituta Republica, quantum fieri possit.

112 Nec satisfit ex illa doctrina, & communi adnotatione, quòd post factam à creditore declarationem potest iudex illam moderari. Nam ex quo nō facta probatione de interesse, quātumuis creditor declaret, nō constat de illo, iudex nihil poterit moderari non constat autem, quia sola confessio, aut declaratio creditoris in hac materia suspecta: etiam ex conuentione partium, nihil probat vt superius aduertimus, *numer. 96.*

113 Ad fundamenta primæ sententiæ facillimè respondetur ad primum contractus accipere legem ex conuentione, & conuentiones regulariter valere, si tamen non præsumantur simulatæ, & factæ in fraudem legis: at hoc pactum censeri adiectum in fraudem vsurarum, & ad finem eas paliandi, quare reijciendum est.

114 Ad secundum, vt demus sententiam Abbatis esse veram, in hoc casu locum non habet. Nam quamuis declaratio interesse fiat post contractum mutui, fit tamen virtute conuentionis interpositæ in initio contractus, & per consequens idē est, quod si fieret à principio, ijsdem enim damnis, & incommodis subijcitur, ac si esset à principio facta.

115 Quoad secundum pactum de stando iuramento creditoris

ditoris super interesse, communis sententia ait, valere. Ita sentiunt *Dynus, & Bart.in dict.l.vltima, nu. 3.ff.de Prator. stipul.idem Bart. in l.ius iurandum, quod ex conuentione 17.in principio, num.3. Albericus nu. 1. Baldus num. 1. Salicetus n.2.Fulgos.statim in principio, Romanus n.5. Iason ex n. 1.ff.de iure iurando, Paulus in l.videamus 4.§. de ferre, num. 2.ff.de in litem iurand.vbi se refert ad Bartol. & in d. l.vltima ex num.4.ff.de prætorijs stipulat.idem Iason in l.si ab arbitro 10. numer.4.ff. qui satisd.cogant Stracca de mercatoribus par. 4.tit.de contractibus mercatorum, num.6. Mascardus de probationib.vol.2.conclus.935.illa probationis nu.35.Cagnolus in l quatenus 24. num. 18.ff. de regul. iuris, Seraphinus de priuilegijs iuram. priuilegio 31. num.8. Plotus de in litem iurando, §.47.ex num.1. Emanuel Suarez in Thesauro receptarum sententiarum, verb. Interesse, Ioan.dilectus de arte testandi, tit.6.cautel.48.num.2.Surdus decision.259. numer.7. Mastrillus decisione 60.Gratianus disceptat.forens.tom.4.cap. 772.ex num.19.Fontanella de pact. nuptialib. tomo 2. clausula 5.glossa 9.ex numer. 1. Felicius de societate, capit.24.ex num.72.Narbona in l.13.titulo 18.lib.5.Recopilat.gloss. 4.ex num.1.Bellonus decis.78. num.7.& 8. Guzman de euictionib. quæst.14.ex num.5.Hermosilla in l.10.titulo 1.part.5. gloss.4. ex num.342.Antonius de Amato lib.1.variar.resolut.27. ex num.26.vbi agit de cambijs*, videtur assentiri, & *Colerus de processibus executiuis, 1.part.cap.10.ex num.154.* quamuis non satis clarè. Non video aliud fundamentum, quo nitantur præter authoritatē, nam posteriores velut aues volantes, sine vlteriori consideratione volatum anteriorum sequuti sunt, innixo eo, quòd contractus legem ex conuentione accipiunt, vt dicebamus *supra numer.108. in fine*, & facta est hæc opinio communis, imò vero, & communissima.

116 Verum est, omnes eam varijs modis limitare. Primò, vt possit debitor reuocare facultatem datam creditori iurandi super interesse, Bartolus sentit vniuersim, Iason limitat, vt id intelligatur cum causa, vt si creditor mutasset conditionem. Item *Fontanella num.4.Gironda de priuilegijs, quæst.247.num.1358.Felicius numer.74.Castillo decis. 243.ex num.23.lib.3.*

117 Secundo vt non transeat hæc facultas ad hæredem, *Seraphinus, Felicius & Gratianus.*

118 Tertio, vt maneat declaratione subiecta arbitrio iudicis, & sic intelligatur pactum, vt declaratio reducatur ad arbitrium boni viri,vt moderetur illam, iuxta id,quod sibi videtur verisimilius, *Bart.& antiquiores, Fontanella, & Felicius.*

119 Quarto, vt non censeatur data facultas creditori, declarandi substantiam interesse, quæ aliunde debet probari, sed solum quantitatem, *Mastrillus, & Gratiatus. Guzman dict.quæst.14.num.6.Hermosilla in l.10.tit.1.p.5.gloss. 4.numer.357.& 358.*

120 Quinto; vt nihilominus possit debitor probare, minus interfuisse creditoris, quam creditor declarauerit, *Paulus Castrensi in d.l.in huiusmodi 11.numer.5.ff.de Prætor stipulat Felicius numero 80. Hyppolytus de Marsilijs in repetit.Rubric.C.de probationibus numer. 149. Romanus in l. admonendi 31.num.51.& 52.ff.de iure iurando, Guzman dict. quæst.14.nu.34.Hermosilla in l.10.tit.1.par. 5.gloss.4. num. 365.cum sequentibus*,latè & sæpius diximus vbicunque ex vna parte censetur probatum, admitti meliorem probationem ex altera parte, *supra num.89. & hoc eodem titulo disputat.3.num.23.*

121 Sexto, vt non valeat pactum, quoties factum fuerit in fraudem vsurarum, seu esset suspectum de vsuraria prauitate, *Plotus num.8.Felicius numer.79.Seraphinus nu.18.* & ad eum locum *Benechendorfius, Narbona in l.13. tit.18. lib.5. Recopilat.gloss.4.ex num.10.*Has, & alias similes limitationes peperit difficultas huius pacti.

122 Contrariam nihilominus sententiam, quinimò pactum de stando iuramento creditoris super interesse, & eius quantitate, non valere, docuit *Cynus in l.si quis in conscribendo 51.numer.7.C.de Episcop.& Clericis*, sequutus Petrum, eidem assentiri videtur *Flores de Mena ad Gamma decis.110. ad numerum 17.* qui ait in contractibus suspectis non practicari, & de eo solo curandum non esse, nisi alia concurrant, *Gutierrez* in eisdem terminis loquens, *lib.1.Canonicarum quæstion.cap.39.num.34. Felicianus de censibus tomo 1.libro 2. capit. 9. numero16.Hæuia Bolaño* loquens in contractu mutui, *de comercijs libro 2. capite 2. numero 33.Caualeanus decisione 2.numero 31.& 32.part.2. Castillo decis.112.ex num.16.libro 2.Mastrillus decis.303.ex num.16.* in eadem videtur esse *Hermosilla* tametsi nutans *in.l.10.titulo 1.par.5.gloss.4.ex nu.344.*Fundamentum est, quoniam in materia suspecta, qualis est ista mutui, non est credendum confessioni partis, etiam iuratæ, vt supra probauimus, *num.96.* & tametsi verum sit, periurium grauius esse peccatum, quàm vsuram quia illud contra Religionem, hæc contra iustitiam, Religio autem iustitia potior est virtus, cupiditas, quæ excæcat vsurarium ad auferendam alienam pecuniam,contra iustitiam, cum obligatione restitutionis, excæcabit eum ad periurandum, nullo habito scrupulo ob maiorem grauitatem peccati, quod est contra Religionem.

123 Ego quidem, qui ingenue soleo proferre sententiam meam, & non ex multitudine authorum, quod verum, & æquum est diiudico, sequutus sententiam *Senecæ libro de vita beata cap.1.* hanc sententiam magis approbo, tametsi minori authoritate fulcitam. Probatur enim vrgentissima ratione, cui nescio, quid responderi possit. Præsertim cùm prædicta sexta limitatio destruat regulã, & prædictam primam sententiam, aut eam saltem solum vera esse profiteatur in illis contractibus, in quibus nulla est vsurarum suspitio, vt in stipulationibus facti, aut constitutione dotis, in quibus non diximus, valere à principio taxationem interesse, ac per consequens non negabimus, posse per pactum commiti declarationi creditori cæterùm, in mutuo, & alij sustineri non potest. Quoniam dum creditor, sine vlla probatione vult solum ex sua declaratione exigere interesse, idem est, quòd si à principio taxaret, & insurgit magna vsurarum suspitio. nam vsurarius, qui à principio mutui extorquere solet vsuras, aut interesse taxatum, quod est vsura velata, facilius potest ab eodem debitore, extorquere, loco confessionis interesse, pactum de remittenda taxatione declarationi suæ, & eodem modo paliatur vsura sub vtroque modo contrahendi. Neque obstat, quòd si iniquè taxauerit, potest iudex reducere taxationem ad arbitrium boni viri, quoniam si ex declaratione non constat de interesse, neque ex ea debet censeri probatum, nihil erit quod possit reduci, aut super quo cadat reductio.

124 Accidit secundo, quòd hoc pactum, quod stetur declarationi creditoris quoad interesse, reprobatum est in contractu census, vt meminerunt *Gutierez & Felicianus*, & definitum est *in motu proprio Pij V. de censibus, §.7. qui est Bulla 79.inter alias Pij V.in Bullario nouo,tomo 2.*Ex qua desumi potest argumentum ad omnes alios contractus, non potest enim reddi ratio disparitatis.

125 Igitur verior, securior, & firmior, magisque consequens ad ea, quæ dicta sunt, est ista secunda sententia, quæ asserit, quemadmodum interesse non probatur ex

taxa-

taxatione facta inter partes à principio sic nec censeri debere probatum ex declaratione creditoris quatuncunque iurata, sed debere aliunde probari, etiam stante pacto, quo probatio fuerit in suam declarationem remissa. Etenim in materia suspecta, & in qua quis habet interesse formatum, iniquum esset credi soli eius iuramento, sine vlteriori probatione. Ita fit vt semper sit necessaria probatio ad obtinendam condemnationē interesse.

126 Quod si in hisce omnibus casibus, quando est taxatum interesse à principio, quando est commissa creditori eius declaratio, requiritur probatio veri interesse, ut de eo constet, & possit condemnari debitor ad illud soluendum, quantò magis erit necessaria probatio ultra istos casus? & quanto iniquius iudicabit iudex qui nulla præmissa probatione eius, quod interest, condemnat debitorem ad soluendum interesse, ut dicebamus superius *sectione 1. numer. 10.*

SVMMA SECTIONIS. Septima.

127 *In contractu cambij non potest interesse taxari à principio.*
128 *Instrumentum cambij, quod continet interesse taxatum à principio, non potest executioni mandare.*
129 *In cambio non valet pactum, quòd stetur dicto creditoris seu simplici, seu iurato circa interesse.*
130 Constitutio Pij V. de cambijs, *quamuis fundetur in præsumptione, obligat in foro conscientiæ.*
131 *De iure Castellæ quid sit seruandum, & num. 132.*
132 *Magnum pondus habent leges Regnorum exterorum ad decidendas causas, maxime leges Castellæ.*

SECTIO VII.

De interesse taxato à principio in contractu cambij.

127 SEptima conclusio. In contractu cambij non potest taxari in certa quantitate à principio interesse cambij non soluti Ita statuitur *in Bulla Pij V. de cambijs, §. 2.* quæ est 118. inter ceteras *Pij V. tom. 2. Bullarij noui.* Adnotauit certa extra terminos Bulla *Rotę diuersorū, decis. 315. ex numero 6. parte 2.* Sed iuxta Bullam *Peguera decisione 33. ex numero 6. Nauar. in Manuali, capite 17. num. 300. & 301. Molina de iustitia tractatu 2. disputatione 404. numer. 9. Lesius de iustitia, & iure lib. 2, capite 23. dubitat. 9. numer. 81. & dubitatione 11. numer. 88. & 89. Azor. institut. moral. part. 3. libro 10. titulo de cambijs, capit. 8. circa finem, versic. Quarta conditio, Rebellus de obligationibus iustitiæ, 2. part. libro 11. quæstione 13. ex numer. 1. Salas de contractibus, tractatu de cambij, dub. 13. num. 2. dub. 24. num. 1. versiculo, Secunda, & num. 2. Filliucius moral. quæst. tom. 2. tractat. 35. parte 2. capit. 11. numero 482. Salon disput. de cambijs, quæstione 4. artic. 2. controuersia 14. numero 6. & 7. Bonacina moralis Theologiæ, tom. 2. tract. de contractibus, disput. 3. quæst. 5. puncto unico, num. 9. Scaccia de commercijs, §. 1. quæst. 7. part. 2. ampliatione 8. numer. 30. 58. & 296. & part. 3. limit. 1. numer. 5. & limit. 13. num. 1. Filicius de societate, cap. 24. numer. 67. Mata decis. 51. num. 18. Ioannes Lupus de vsuris comment. 1. §. 6. numer. 122.* qui ex ea Pij V. Constitutione infert, neque in contractu mutui posse taxari interesse à principio, *Diana resol. moral. tom. 1. tractat. 8. de contractibus, resolut. 15.*

128 Ex quo planè fit, vt instrumentum cambij, quod continet interesse taxatum à principio, nullo modo possit executioni mandari, cum pactum taxationis reijci debeat, tanquam vsurarium, & reprobatum.

129 Infertur deinde, in cambio non esse validum, neque seruandum pactum, quod stetur dicto creditoris, seu simplici, seu iurato, circa interesse cambiorum. Hoc enim idem ferè est, quod si taxaretur interesse à principio, & ita animaduertit *Farinacio decisione 52. numer. 5. 1. parte tomo 1. Castillo decisione 112. ex num. 16. libro 2. Rota diuersorum, decisione 775. num. 1. & 2. 4. parte, Mastrillus decisione 303. ex num. 16. libro 4.* Quidquid contrarium videatur sentire *Antonius de Amato variarum resolutione, libro 1. resolutione 27. ex num. 26.* qui nihil respondet ad fundamentum partis aduersę, *numero 32. Rouitus consilio 103. numer. 2. libro 2. & Tapia decisione 27. S. C. & iuris Neapolitani lib. 4. Rubric. 4. ex nu. 19. ad 49.* Cui consequens est, reijciendas esse tanquam scrupulosas, & periculosas, & plane contrarias prædictæ Bullæ Pij V. decisiones illas, quas refert *Tapia Iuris Neapolitani, libro 4. Rubr. 4. de cambijs, ex numero 46.* quauis eas approbet *Gaitus de credito capite 2. titulo 7. quæstione 2. ex num. 1831.*

130 Circa prædictam autem conclusionem occurit adnotandum, quis quidam oppinentur, Constitutionem Pij V. fundari in præsumptione, ac proinde non obligare in foro conscientiæ in quo si verè intersit, poterit taxari, & exigi interesse certum, etiam si in foro externo taxatio sustinenda non sit, non esse istam doctrinam omnino tutam. Etenim quando lex fundatur in præsumptione verum constitutio fit ratione vitandi moralis periculi, obligat in conscientia, & habet suos effectus, etiam si in particulari casu factum non sit consentaneum periculo, nec revera interueniat, quod timeri poterat, vt verissimè docuit insignis *Franciscus Suarez libr. 3. de legibus, capite 23. num. 6.* quem sequitur & explicat *Gabriel Vazquez in primam secundæ, tomo 2. disputatione 163. capit. 3. num. 17. cum duobus sequentibus, Coincidit Salas de legibus disputatione 10. sectione 4. ex num. 20.* At euidenter constat, prędictam Constitutionem Pij V. factam fuisse ad tollendas in cambijs occasiones peccandi fraudesque fœneratorū, vt ibidem expresè dicitur, quibus consequens est, vt obliget similiter in foro conscientiæ, vt etiam adnotauit *Castillo decis. 243. num. 41. lib. 3.*

131 De iure Castellæ soli Regnicolæ, & non exteri possunt exercere cambia, & esse proxenete cambiorum, *l. 6. & 7. titul. 18. lib. 5. Recopilat. & l. 14. eodem titulo in Codice additionum, de quibus vide Salas de contractibus tractat. de cambijs, dub. 5. ex numero 1.* Neque cambia possunt exerceri intra Regnum, sed cambiari debet extra Regnum, *l. 8. eodem titulo,* & interesse cambiorum, eo iure non potest excedere vltra rationem decem pro centenario singulis annis, *l. 9. eodem titulo, notat Matienzo in dict. l. 8. glossa 1. & in dict. l. 9. glossa 4.* tametsi interesse cambiorum ascendere ad quantitatem quatuordecim pro centenario; cum minimum, dicat *Cutellus de donationibus contemplatione matrimonij, tractatione 1. discurs. 2. particula 6. num. 100. in fine,* loquens de sua patria.

132 Eodem iure statutum est, ne possit in cambio apponi pactum, quòd stetur dicto creditoris, seu simplici seu iurato circa interesse cambiorum, & alia requisita, vt cambium sit reale, non siccum, sed debeat probari per testes, & instrumenta, & alias legitimas probationes, & pactum alioqni factum irritatur, & annullatur Sic statuit *leg. 13. titulo 18. libro 5. Recopilationis Codice additionum,* & notat *Bolaño de comercijs, libro 2. capite 2. numero 33. Narbona in dict.*

dict. l. 13 *gloss.* 4 *num.* 8. ego tetigi supra *hoc titulo disputatione* 3 *num.* 23. Libenter autem mentionem facio hic, & alibi legum Hispanarum, non solum quia Hispanis etiam scribo; sed etiam quia quamuis sciam, leges Hispanas in hoc Regno legum vim non habere, vt ligent subditos, & iudices secundum eas iudicare, magnum tamen pondus, & authoritatem habere debent vbicunque iura extera aliorum Regnorum, iuxta ea, quę notat *in l. de quibus numero 6. ff. de legibus, Boerius decisione* 263. *numero* 9. *Bursatus consilio* 46. *numero* 32. *&* 33 *lib.* 1. *Camerarius in repetitione capit. Imperialem, in magna impressione, folio* 11. *columna 4. litera T. versiculo, Sed quid verbis, Aluarus Valascus in praxi partitionum, & collationum, cap.* 19. *numer.* 11. *& Regens Constantius in l.* 1. *&* 2. *num.* 36. *C. de filijs Officialium lib.* 12. qui allegationes vitiosas transcripsit ex Valasco. Idque præsertim locum habet in legibus partitarum, quæ desumptæ sunt ex medulla iuris communis. Ex his habes explicatam difficilem tractationē taxationis interesse à principio contractus in qua quantum sit elaboratum, videbis, si conferas cum ijs, quæ de hac re ab alijs sunt scripta.

SVMMA DISPVTATIONIS Nonæ.

1 *Contra hæredem mandatur executioni sententia, vel instrumentum, quæ haberent executionem paratam contra defunctum.*
2 *Hæres, & defunctus censetur vna, & eadem persona.*
3 *Vt via executiua possit exerceri contra hæredem necessaria est eiusdem citatio.*
4 *Opinio eorum, qui credunt, executionem locum non habere aduersus hæredem adeuntem cum beneficio inuentarij, refertur.*
5 *Contraria sententia verior approbatur.*
Non est vllum inuentarij priuilegium, quod Conuertat viam executiuam contra defunctum, in ordinariam contra hæredem, ib.
6 *Limitatur tamen, vt si defunctus posset carcerari pro debito, non possit hæres cum beneficio inuentarij.*
7 *Sublimitatur, si hæres occultaret bona defuncti, nam etiam facto inuentario posset carcerari.*
8 *Limitatur secundo, vt post nouem dies à morte defuncti, non possit agi contra hæredem à creditoribus, aut legatarijs defuncti.*
Amplientur, vt procedat etiam in hærede non conficiente inuentarium, ib.
9 *Limitatur tertio, vt aduersus hæredem executio, non habeat locum intra spatium trium mensium confectionis inuentarij.*
10 *Sublimitatur tertia limitatio quatuor modis.*
11 *Hispani Doctores laborant in explicanda, & conciliunda antinomia inter* l. 15. titul. 13. part. 1. & l. 7. tit. 6. part. 6.
12 *Ostenditur, nullam esse inter prædictas leges antinomiam, & explicantur.*
13 *Limitatur quarto, vt executio contra hæredem facientem inuentarium, non possit fieri vltra vires hæreditatis.*
14 *Vt hæres gaudeat priuilegijs inuentarij non satis est allegare, se fecisse inuentarium, nisi simul ostendat, & probet.*

DISPVTATIO IX.

Vtrùm executio locum habeat aduersus hæredem adeuntem, cum beneficio inuentarij.

1 RES est indubitata, & conclusio apud omnes recepta, quæ loco regulæ habenda est, posse executioni mandari contra hæredem sententiam, vel instrumentū quæ poterant executioni mandari contra defunctum: & sic aduersus hæredem transire viam executiuam quæ contra defunctum poterat exerceri. Quæ probatur ex *textu in l. miles 6. §. vltimo, l. ex contractu 44. ff. de re iudic. eamque tradunt Bartolus in l. postulante 44. in principio, num* 1. *& ad eum additiones, Paulus, ex num.* 3. *Alexander ex num.* 6. *ff. ad S.C. Trebellian. Angelus in l. num.* 4. *Imola num.* 6. *in fine, ff. de ijs, quæ in testament. delen. Cansrius de executione instrument. quæstione* 30. *numero* 66. *Rodericus Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, extensione* 1. *ex nu.* 1. *ff. de re iud. Anton. Gomez in l.* 64. *Tauri num.* 5. *Parladorius lib.* 2. *rerum quotid. capit. fin.* 4 *part.* §. 1. *ex n.* 1. *Auendanus in l.* 4. *&* 5. *tit. De las excepciones, num.* 24. *versic. Item inspiciet, Auiles in cap.* 10. *Prætorum, verb. Execucion, num.* 56. *Dueñas regul.* 277. *Baeza de inope debitore, cap.* 6. *num.* 3. *per totum, Menchaca de successionum creatione, libr.* 1. §. 6. *num.* 36. *&* 42. *Paz in praxi* 1. *tom.* 4. *part. cap.* 1 *nu.* 36. *Didacus Perez in l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordinament. gloss.* 1. *colum.* 1077. *versic. Quaro, vtrum executio Azeuedus in leg.* 1. *ex numero* 108. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopilat. Rodriguez tractat. de executione, capit.* 4. *ex num.* 1. *Hauia Bolano in curia Philippica* 2. *part.* §. 10. *ex num.* 1. *Villadiego in Politic. cap.* 2. *num.* 58. *Rolandus à Valle consil.* 20. *vol.* 1. *Rebuffus ad constit. Regi tract. de literis obligatorijs, art.* 3. *gloss.* 2. *ex num.* 1. *Asinius in praxi iudiciorum* §. 31. *cap.* 2. *ampliatione* 16. *Colerus de processibus executiuis,* 1. *part. cap.* 10. *ex numero* 312. *&* 1. *par. cap.* 3. *numer.* 108. *& num.* 431. *vers. Quia verò, Boerius decis.* 10. *num.* 4. *&* 5. *Capicius decis.* 1. *num.* 14. *Franchis decis.* 199. *num.* 4.

2 Ratio autem huius assertionis est primò, quoniam hæres, & defunctus reputantur, & censentur vna, & eadem persona, *l. hæredem 59. ff. de regulis iuris, Authent. de iure iurando à morient. præstit. in principio*, atque ideò ex persona hęredis obligatio defuncti nullam recipit mutationem, *l.* 2. §. *ex his, l. in executione* 85. §. *pro parte, ff. de verborum obligatio dixi* 1. *tom. disputat.* 2. *quæst.* 5. *num.* 289. Ergo quæ executionem paratam habebant contra defunctum, poterunt mandari executioni contra hæredem. Secundò item, quia actiones omnes à defuncto in hæredes, & contra hæredes transeunt, idest tàm actiuè quàm passiuè, *l.* 2. *C. de hæreditar. act. l. nihil est aliud* 24. *ff. de verborum significat. l. hæredem* 59. *& l. hæreditas* 63. *ff. de regulis iuris, l. cùm hæredes* 23. *in principio, ff. de acquir. possess.* Ergo similiter transibit via executiua. Ita fit, vt prædictam regulam amplient omnes, vt hæres possit carcerari pro debito, pro quo defunctus carcerrari poterat.

3 Illud item in confesso est apud omnes, vt via executiua possit exerceri contra heredem: & necessarium esse, vt præcedat eius citatio. Notauit *Menesius in l.* 1. *nu.* 17. *C. de iuris, & facti ignor. post Innocentium, & multos Capicius, & Franchis vbi supra, (Menchaca vbi supra dicto lib.* 1. §. 6. *numero* 48.) vt constet, illum esse hæredem, quia hæreditatem adierit, re, aut verbo aut in eius fauorem expe-

expeditum fuerit præambulum, iuxta huius Regni consuetudinem, idest decretum quo declaretur hæres. Neque sat erit, quem esse, aut probari filium defuncti, nisi simul probetur, aut constet, esse hæredem, vt vltra prædictos notauit *Afflictus tractatu de executionibus, §. 1. capite 29. numer. 10. & 11. & capite 49. numer. 3. & 4.* Hæreditate verò nondum ab hæredibus adita, quid seruandum sit, tractant *Parladorius vbi supra num. 5. Paz in praxi, 1. tomo 1. parte 2. tempore, ex numer. 48. Azeuedus in dict. l. 1. ex num. 119. tit. 21. lib. 4. Recopilat. Rodriguez d. cap. 4. num. 9. cum sequentibus, & Colerus latè de processibus executiuis, part. 2. cap. 3. ex num. 387.*

4 An verò ista regula limitanda sit in hærede adeunte cum beneficio inuentarij, & illud solemniter conficiente, non conuenit inter Doctores. Nam quidam existimant, limitandam esse, & aduersus non cum hæredem executionem locum non habere. Ita sentit. *Bart. in l. scimus 22. vltima, §. in computatione, numer. 8. in fine, C. de iure deliber. vbi ait, tota die practicari (sic loquitur) si statutum dicit, quod executio instrumenti fiat contra hæredem, sicut contra defunctum, intelligitur, nisi hæres fecerit inuentarium,* & dicit menti tenendum. Cuius doctrinæ meminit *Rolandus à Valle in tractatibus de inuentario diuersorum, question. 173. numer. 15. Decius in l. debitori 7. numer. 18. Cod. de pact. Auendanus in leg. 4. & 5. tit. De las excepciones, numer. 25.* vbi ait contra hæredem adeuntem cum beneficio inuentarij via ordinaria agendum esse, & si agatur via executiua processum fore nullum ipso iure. Decius pro hac sua sententia allegat *Salicetus in l. vltima, numer. 22. in fine, C. de iur. deliber.* vbi tamen Salicetus non dicit simpliciter, viam executiuam non habere locum contra hæredem; sed solùm, contra hæredem adeuntem cum beneficio inuentarij, non posse fieri executionem vltra vires hæreditatis. *& num. 23.* addit hæredem adeuntem cũ beneficio inuentarii non posse carcerari pro debito, quamuis defunctus posset quod idem dixerunt *Baldus in d. l. scimus, vlt. §. & si præfatam, num. 3. C. de iur. deliber. Imola in l. postulante 44. in princip. num. 2. in fin. Alex. numer. 7. vers. Item in quantum dixit hic Imola, ff. ad S. C. Trebell. Milanens. decis. 12. num. 2. lib. 12.* vbi ait hæredem cum beneficio inuentarij non cogi de persona, nec in propriis bonis *Socin. consil. 120. cùm in præsenti consultatione, num. 18. vol. 1.*

5 Contrarıam nihilominus sententia, quinimò exerceri posse viam executiuam, etiam contra hæredem adeuntem cum beneficio inuentarij, & sic ad hunc casum amplıandam esse prædictam regulam, verior est, & à nobis amplectenda. Quam tuentur *Baeza de inope debitore, cap. 6. ex num. 17. Azeuedus in l. 1. num. 113. & in l. 19. numer. 88. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodriguez de executione, dict. cap. 4. numer. 5. Phanutius tractat. de inuentario diuersor. quæst. 242. numer. 128. & 129.* Quæ efficaciter probatur rationibus supra adductis *num. 2.* nullum enim priuilegium concessum est à iure inuentario, vt conuertat viam, quæ erat executiua contra defunctum, in ordinariam contra hæredem, ac per consequens qui viam executiuam ob inuentarium ab hæredem factum contra ipsum exerceri posse negant, ex capite loquuntur Omnes enim Doctores qui dicunt hæredem ob beneficium inuentarii non posse pro debitis defuncti conueniri executiuè, quemadmodum ipse defunctus poterat limitatè loquuntur, nam aut dicunt, non posse conueniri vltra vires hæreditarias aut ita vt carceretur, aut intra tempus conficiendi inuentarium, non simpliciter, vt loquuti sunt *Decius & Auendanus*, vt statim subijciemus.

6 Primò igitur hæc sententia limitanda est, vt quamuis executio contra defunctum, non solum in bonis, sed etiam in persona locum haberet, & sic posset pro debito carcerari; contra hæredem tamen, qui adierit cum beneficio inuentarii, & inuentarium solemniter confecerit, non poterit procedi ad carcerationem. Ita sentiunt relati *supra num. 4.* & præter eos *Baeza de inope debitore, d. cap. 6. numer. 17. & 18. Cerdan. Tallada tractat. de visitatione carceratorum cap. 10. num. 3. Azeuedus* relatus *num. præcedent. Parlador. d. cap. fin. 4. part. §. 1. num. 7. Rodrig. d. cap. 4. num. 5. idem Azeuedus in l. 14. & 15. num. 8. tit. 7. lib. 9. Recopil. Lasarte de decima vendition. cap. 18. num. 59. Menchaca de success. creatione, lib. 1. §. 6. num. 45. Barbosa in l. alia 5. §. eleganter, num. 46. ff. solut. mat. Escobar ad ratiocin. cap. 9. num. 42. Rolandus à Valle de inuentario, 4. par. §. septima est vtilitas in tractat. diuersorum, de inuentario q. 153. Phanutius ibidem, quæst. 242. ex num. 130.* Ratio est, quia cum facto inuentario hæres vltrà vires hæreditarias non teneatur, vt statim dicemus exhibitis bonis hæreditariis non potest vitetius molestari de persona.

7 Sublimita hanc limitationem, si hęres, qui confecit inuentarium occultaret bona, & ea non exhiberet, aut post vendita bona hæreditaria non exhiberet pretium, tunc enim posset carcerari, vt docet *Bald. in d. l. scimus, §. & si præfatam, num. 3. C. de iur. deliber.* vbi dicit, hęredem facto inuentario non posse carcerari ob contumaciam defuncti: posse tamen carcerari ob propriam contumaciam. *& Baeza, & Azeued. vbi supra & Menchaca d. lib. 1. §. 6. num. 47.*

8 Secundò limita prædictam ampliationem, & sententiam, vt post nouem dies à morte defuncti non possit contra hæredem agi via executiua neque ordinaria, ne quidem à creditoribus ipse molestari, aut à legatariis. Hanc tradit *Roderic. Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, extensione 5. numer. 3. & limit. 9. Baeza de inope debitore, dicto cap. 6. numer. 15. Azeued. in l. 1. num. 17. tit. 21. lib. 4. Recop. Gutierrez de iuramento confirm. 2. par. cap. 4. numer. 18.* Quæ limitatio extendenda quoque est ad quem vis hæredem siue faciat, siue non faciat inuentarium, quoniam hoc nouendium concessit Imperator ad legendum defunctũ. Ita statuitur *in §. Sancimus in Authent. vt eum de appellat. cognosc. coll. 8. seu nouella 115. cap. 5. in fin.* vbi decernitur, intra illos nouem dies à morte defuncti, ne liceat defuncti hæredes, aut cognatos inquietare, ac per consequens vetatur executio, vt notat *Bart. in d. l. vlt. §. donec, numer. 1. C. de iure deliber.* vbi inueniuntur eadem verba. Cum quo *textu in d. §. Sancimus, seu §.* meminimus conuenit de iure Castellæ *l. 15. tit. 13. par. 1. & l. 13. tit. 9. part. 7.* & notat *Gregor. in d. l. 15. gloss. 2. & in d. l. 13. gloss. 3.*

9 Tertiò limita prædictam ampliationem, vt executio aduersus hæredem locum non habeat intra tempus conficiendi inuentarium, videlicet intra spatium nonaginta dierum, seu trium mensium, notat *Bart.* & dicit frequenter practicari *in d. l. vltima, §. Donec, num. 1. per textum ibi, C. de iur. delib.* & ibidem omnes Doctores *Roderic. Suar. in l. post rem, in declaration. legis Regni, extensione 1. numer. 5. Anton. Gomez in leg. 64. Tauri, numero 5. vers. Item etiam intellige. Rebuff. tom. 1. in Constit. Regi tract. de literis obligat. art. 3. gloss. 2. numer. 11. Duenas regula. 277. limit. 1. Parlador. d. cap. fin. 5. par. §. 1. numer. 28. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. libr. 3. Ordinamenti, gloss. 1. col. 1077. vers. Quaro vtrùm Auendanus in leg. 4. & 5. titul. de las excepciones, numer. 25. vers. Et in quantum iste, Gutierrez de iuram. confirm. 2. part. cap. 4. num. 19. Greg. Lopez in leg. 7. tit. 6. par. 6. glossa 1. & 2. Paz in praxi 1. tomo 4. part. cap. 1. numero 40. & seqq. Spino in Speculo testamentor. gloss. 35. numer. 46. Azeuedus in lege 19. num.*

19.num.25.tit.21.lib.4.Recopil.Ceuallos in speculo practic. quæst.608.& q.814.ex num.1.& numer.8.Rodriguez dict. capit.4.numero 5.Roland.à Valle in tractat. de inuentario diuersorum. quæst.141.quarta est vtilitas, numer.1. Afinus in praxi iuditior.§.31.cap.2.ampliat.16. principali limitatione eius 1. Gulielm.Benedict.in capit.Rainuntius, verb. Mortuo itaque testatore, el primo, numer.399.de testamentis Probat hanc limitationem expresè text.in dict.leg.scimus,l.vltima, §.Donec, C.de iur.deliber. cum quo conuenit de iure Castellæ d.l.7.tit.6.par.6.

10 Hanc verò limitationem varijs modis sublimitandam docent Doctores post Alexand. in dict.§. Donec, Gregor. Lopez, Rodericus Suarez, Rolandus, Spino, Gutierrez, remissiuè, d.c.4.in fin.& Ceuallos Phanucius tract.de inuentario diuersor.quæst.241.ex numer.2. vt locum non habeat primò, si hæres conuenitur pro restituendis vsuris, aut alijs concernentibus animam defuncti, & obligationem conscientiæ. Secundò, si conueniatur pro relictis ad pias causas, de quo Tiraquell.de priuileg. piæ causæ, priuilegio 24.tertio item si conueniatur rei vindicatione. Quartò, si ipse intra illud tempus alios conueniat, & ab eis conueniatur.

11 Laborant tamen non parum Hispani Doctores pro componenda, & conciliandа graui quidam antinomia, & contrarietate, quam existimant versari inter duas leges Castellæ, videlicet leg.15.tit.13.part.1.& leg.7. tit. 6. part.6.quam dicunt prætermisisse Gregorium dicta enim l.15.permittit post transactos nouem dies luctus à morte defuncti, vt creditores hæredem conueniant, d. verò l.7. prohibet hæredem à creditoribus conueniri durante tempore conficiendi inuentarium, quod est trium mensium. Ecce insuperabilem contrarietatem, quam animaduerterunt Auendanus Didacus Perez, Gutierrez, Parlador, Rodriguez qui frustrà se ab ea conantur extricare. Eandem antinomiam notare potuissent iuxtà ius commune inter §.meminimus, seu sancimus, & dict.§.donec, qui textus concordant cum prædictis legibus Castellæ. Omitto conciliationes, quæ sunt violentæ, & non ad rem.

12 Mihi videntur Hispani nostri nondum in scripto quærere, & in re clarissima cecutire. Nam inter prædictos textus, tam iuris communis, quàm legum Castellæ nulla versatur contrarietas, loquuntur enim de multò diuersis casibus, in quibus diuersæ diffinitiones statuendæ sunt Textus in dict.§.Meminimus, seu sancimus, & in dict. leg.15.titul.13. part. 1. loquuntur vniuersim de quolibet hærede, siue velit siue nolit facere inuentarium, cui concedunt pro luctu defuncti spatium nouem dierum, quo non possit molestari, aut inquietari, siue à creditoribus defuncti, seu à legatorijs: deinceps verò permittũt, illum conueniri. Quòd si iste hęres post nouem dies conuentus dicat, se velle facere inuentarium, & priuilegio inuentarij se iuuare, & defendere velit, ne conueniatur, quousque inuentarium perfectum sit, dict.§.donec, & dicta leg.7.tit.6.par.6. tribuunt illi hoc priuilegium, vt habeat spatium trium mensium, quod conficiendo inuentario concessum est, in quo non possit conueniri. Itaque primum tempus datur omni hæredi indistinctè propter luctum defuncti secundum tempus conceditur soli hęredi faciendi inuentarium. Et illi textus in dict.§. meminimus, & in dict.l.15.tit.13.part.1.qui permittunt, hæredem post nouem dies conueniri, intelligendi sunt, nisi quid aliud impediat, vt impediret beneficium inuentarij argumento l.qui testamento 20.in princip.ff.de testament.quemadmodum omnem, & quamcunque legum dispositionem accipiendi, dixi tit.1.disp.2.quæst.4. numer. 235. Ecce facilimam, & verissimam conciliationem, quam cùm sit tam patens, miror prædictos non animaduertisse, & post hęc scripta inueni eandem apud Grizarell.decis.79.

13 Quarto limita prædictam ampliationem, vt executio contra hæredem adeuntem cum beneficio inuentarij non possit fieri vltrà vires hęreditatis. Ita sentiunt relati sup. numer.4.& hoc est præcipuum inuentarij beneficium, vt testantur in tract. de inuentar. diuersorum, Roland. à Valle quæstion.133.prima enim vtilitas, ex numer.1 Sebast.Monticul.quæst.232.numer.1.Phanucius quæst.243 an princip.Michael Crassus q.263.Spino quæst.273.num.41. quæ in speculo testamentor.est glossa 35.Duen.regula 277.lim.7.Probatur hæc limitatio ex textu in d.l.scimus, vltima, §. & si præfatam, vbi omnes scibentes notat, C.de iur.delib.de iure Castellæ l.5.tit.6.par.6.vbi Gregor.gloss.2.& 3. & in eo sensu accipiendi sunt Bartol.& Decius, relati sup.numer. 4. vt solum velint, executionem locum non habere contra hęrendem facientem inuentarium vltra vires hæreditatis.

14 Illud pro coronidè adijciendum est, non satis esse hęredem allegare se adijsse cum beneficio innẽtarij, vt gaudeat his prærogatiuis, nisi simul ostendat, & probet se confecisse inuentarium ritè, & solemniter, nam qui exceptionem opponit, eam probare debet, leg.1.l.in exceptionibus 19.in princip.l.cùm de indebito 25.§.fin. autem, in fin.ff.de probation.notat Cartar.decis.20. ex numero 6. Parlador.dict.cap.fin.4.part.§.1.numer.8.& 9. tametsi sub obscurè. Illud verò probandum est producto inuentario.

SVMMA DISPVTATIONIS

Decima.

1 Fisco competit via executiua pro exigendi tributis.
2 Debitor fiscalis donec soluat debet esse incarceribus, neque est relaxandus sub fideiussoribus.
3 Fiscus agit executiuè contra conductores redituum fiscalium. Additio sola reditus fiscalis facta in subhastatione habet executionem paratam, ib.
4 Fiscus agit executiuè aduersus socios suorum conductorum pro parte, in qua participant de conductione.
5 Fiscus an habeat priuilegium, vt possit compellere unumde consortibus ad soluendum totum tributum, refertur doctrina Saliceti, & Pauli; & explicatur text.in l.cùm possessor.ff.de censib.
6 Duobus modis possunt conductores fiscales ad iungere sibi socios, & quid in vtroque obseruandum.

DISPVTATIO X.

Vtrùm executio possit fieri aduersus socios, & participes, conductionis Regiorum redituum, quos in Regno vocant Cararios?

1 INdubitatum, est fisco Regio competere viam executiuam pro exigendis tributis, quę iusta sunt, & liquida, ab illis, qui ea debent, l.1.& toto tit.C.si prop. publicas pensitationes, l.abstinend.3.C.quorum appell. non recip.

*cip.l.missi opinatores 7.Cod.de exator.tribut.libro 10. leg.siue ex Pratoriano 3.Cod.de executor. & exactoribus libr.12.§. Publicorum, & §.coges, in Authentic. de mandatis princip. collat.3.seu nouella 17.capit.7. & 8.gloss. in verb. Vili pre*cio, quam signanda monet *Bartol. in l.1. Cod. de præscript. 30.vel 40. annor.Baldus in l.1. numero 3. Salicetus ibidem numero 3.C.de condict.ex lege ibidem Baldus cons.434. licet Iudex numer.1.volum.3. Maranta in praxi, 4. parte dist.9. numero 181.Roder.Suarez in l.post rem, notab.7.ff.de re iudicata, & ad eum locum Valdès, Couarr.lib.2.variar. capit. 2.numer.4. in fin. Baeza de inope debitor, capit.13. numero 21.& 22. Azeuedus in leg. 1.numero 57. titul.21 libro 4. Recopil.Auil. in capit.10. Prator. verb. Execucion, numer. 43.Gironda de gabell.4. parte numero 2. Parladorius libr.2. rerum quotid.capit.fin. 1. part.§.8. ex numero 1. Rebuff. tomo 1.in Constitut.Regi tractat.de sentent.executorijs, art. vltim. glossa 1. numero 3. Ioseph.Ludouicus decision. Perus.32. numero primo Raudens.decision,6. inter feudales, ex numero 3.* De iure Castellæ de exatione tributorum agit *titulo 14. libro 6.Recopilat,*De exactione gabellarum *titul.7. libr.9.* De exactione vectigalium, seu portiorum *titul.22.cum seqq.lib.9.Recop,*

2 Imò verò eius conditionis est debitum fiscale, vt debitor donec soluat carcerandus sit nec sub fideiussoribus etiam indemnitatis relaxandus. Quod de iure communi seruandū esse ex fisci peculiari priuilegio probat *textus in l.sacrilegij 9.§.finali,aliàs l.cùm eo 10.ff.ad leg. Iul.peculatus, & in l.nemo carcerem 2.C. de exactoribus tribut.libr.10.*notat *Bart.in d.l.cum eo, numer.2. Salicetus in leg.si in te 7.numer.10. Cod.de priuileg.fisc. Bald. consil.90. queritur an captus, numer.4. vol.5.Martin Laudens.tractat. de officialib.dominorum, quæst.104.tom.16.tract. Peregrin. de iure fisci, libr.6.titul.7. num. 5.& 7.Gayl.obseru.practic. lib.1.obseru.26.num.1.Guido Papa decis.61, num. 2.Ioseph. Ludouic.decis. Perus.32.numer.1.*De iure Castellæ seruandum esse statuit, *l.14.tit.7.lib.9.Recopil.& leg.10.tit.16. eodem libr.*animaduertunt *Couarr.libr.2.variar. dict.cap.1. num.4.in fin.Menchaca de successiõ.creation.lib.1.§.6. num. 36.in fin.cum seqq.Parlador.d.cap.fin.5.part.§.5.num. 6. & 7.Baeza de inope debitore, d.c.13. ex num.14. Azeued. in d. l.14.iuncta l.15.ex num.15. tit.7.lib.9. Recop. Gironda de gabell.4.part.in princip.num.4. & num.16. Lasarte de decicima venditionis, cap.18.num.57.cum seqq. Flores de Mena variar.quæst.libr.2. quæst.21.numer.145. & 146. cum seqq. Gutierrez practic. quæstion.libr.7.de gabellis, quæstion. 166. ex numer.1.*

3 Ex quo planè fit, vt possit etiam agere executiuè fiscus contra conductores redituum fiscalium, & ab eis pretium conductionis debitum exigere executione facta, non solum quia debitum ex conductione est certum, & liquidum, sed etiam quia debetur ex cōtractu ad scripturam publicam redacto, quod etiam in non priuilegiatis executionem habet paratam, siue sit instrumentum factum inter fiscum, & eius procuratores ex vna parte, & conductorem ex alia: seu facta sit addictio reditus in publica subhastatione, quam vulgo vocamus *Remate*, quia reditus conductori tanquam vltimo licitatori, & plus offerenti remanserit addictus. Etenim addicto ista paratam executionem habet, vt rectè notauit *Parlador. libr. 2.rerum quotid.cap.fin.1.par.§.11.ampliat.4.num.21.*quod confirmat ex edicto *Baldi in l.contractus 17.numer.7.in fin. C.de fide instrum.*vbi ait contractus, qui fiunt in schedulis per subhastationes, & quos faciunt Reges, & Comites esse contractus in scriptis. Propterea executioni mandari possunt, & iuxta ea, quæ in subhastationibus militaribus statuit *leg.23.titul.16.parte 2.* quam ad omnes subhastationes trahendam, & omnibus iure intelligendam, credit idem Parladorius, & meritò.

4 Quoniam autem isti conductores solent sibi in conductione alios socios assumere, & inter eos diuidere, & partiri onus, & commodum conductionis, quotum partes caratas vocāt in hoc Regno, & tales socios caratarios, qui non contrahunt cum fisco, sed solum cum conductoribus, insurgit dubium, an fiscus istos caratarios, & socios conductionis possit executiuè conuenire, quemadmodum potest conductores ipsos principales sibi adstrictos. Et dicendum est, posse fiscum contra isto socios cōductorum suorum vti via executiua ad exigendum quod debent ex pretio conductionis, iuxtam distributionem illis factam. Et idem dicendum est de Republica, aut Vniuersitate, si cōtractus conditionis factum fuerit cum Republica, aut Vniuersitate. Id probatur argumento *l.1.in principio ff.de loco publico fruendo* vbi interdictum illud nō solum conductori, sed etiam socio redditur. Ergo simili modo contingit passiuè, vt quod aduersus conductorem locum habet, habeat etiam aduersus socium, & simili modo contra illos agi possit, siquidem ipsi simili modo agunt. Quo argumento id primus omnium docuit *Angelus in dict. leg. prim. numero 1. versic. In glossa hic est casus*, vbi ait, istos socios sine cessione posse agere contra debitores fisci, vel Reipublicæ, quemadmodum ipsi conductores principales, quod etiam adnotauit *Martinus Laudens.de fisco, quæst.113.*Angelum sequitur *Auendaños de exequend. mand. secunda parte.capit. 12. num. 16. Peregrinus de iure fisci, libr. 6. titul.5.numer.37. Rouitus in pragmat.37.§.7.*& similiter *num.1. de offic. Procurat. Cæsar.*

5 Confirmatur hæc resolutio ex doctrina *Salicetus in l.si in te 7.numer.11.& Pauli ibidem, num 4.versic. Nono, quia potest, Cod. de priuileg. fisc.& Francisci Lucani tractat. de Fisco, & eius priuilegijs, 1.part.numer. 85. tomo 12.tract.* qui dicunt, fiscum habere priuilegium, vt possit vnum de consortibus compellere ad soluendum totum tributum, de quo priuilegio tractat *Peregrin. de iure fisci. libro 6.tit.6.ex numero 46.Couarruuias libr.3. variar. capit.7. num.7.*Quod probant ex *text.in l.cùm possessor. 5.ff. de censibus*. Sed ille textus id non probat, nam ibi consors non dicitur compulsus, sed soluisse nescimus an spontè soluerit, aut si ibi compelli potuit, non in causa fuit priuilegium fisci, sed natura hypothecariæ, quæ indiuidua est, & sic possessor prædij pro parte indiuisa, nisi soluat totum debitum, debet relaxare, *l.in executione 85.§.Item si ita stipulatio ff.de verbor.obligat. l.heredes 25.§.idem obseruatur, ff.famil.ercisc.Couarr.libr.3.variar.cap.7.num.7. in princip.* refert alios pro hac sententia, & eam candem sequitur, *& numer.8.* quod ne facere, totum soluit, & sic nullo priuilegio opus erat. Ex eo etiam eadem resolutio confirmatur quoniam isti socij, seu caratarij obligati sunt ex eadem causa conductionis, & cum minimum sunt debitores conductorum. Ergo possunt conuenri via executiua.

6 Verum ne ex dictis Doctorum patiaris æquiuocationem, aduerte, duobus modis posse conductores Regiorum redituum adiungere sibi socios in conductione. Primo simpliciter, & sine vlla limitatione, & in hoc casu verificatur quod dicunt Doctores, videlicet, istos socios, seu caratarios in solidum teneri & in solidum posse conueniri, non secus ac principales conductores. Secundò possunt conductores assumere socios, & participes cōductionis in parte certa, vt si conueniat esse participaturos

con-

conductionem pro tertia, quarta, vel decima parte, aut pro rata mille ducatorum. Quò casu caratarij non poterunt conueniri à fisco vltrà quantitatem suæ obligationis, & participationis qua soluta liberabunt se ab obligatione, quia omnis obligatio tollitur solutione eius, quod debetur *Instit. quib. mod. obligat. toll.* & obligatio non potest extendi vltra consensum.

SVMMA DISPVTATIONIS Vndecimæ.

1 *Aduersus tertium possessorem executionem locum non habere regula generalis.*
Tertius possessor quis ibi dicatur, ib.
2 *Limitatur primò, si reus cœpto iudicio rem alienet, aut effectã litigiossam aut in fraudem paratæ executionis, tunc enim habebit locum executio contra tertium.*
Res non efficitur litigiosa, quando agitur actione hypothecaria secundùm multorum sententiam, ib.
Verius est, quamuis per hypothecam non efficiatur litigiosa res, fieri per actionem hypothecariam in iudicium deducta, ibid.
C. Regni contentus, *quomodo accipiendum, ibid.*
3 *Limitatur secundò si adijciatur contractui pactum de non alienando cum speciali hypotheca tunc executio habet locum contra tertium, in quem res alienata est.*
In Castella possessores hypothecarum censualium conueniuntur directè via executiua quia in omni instrumento census adijcitur prædicta clausula, ibid.
4 *Ad impediendam alienationem an satis sit hypotheca generalis cum pacto de non alienando: an verò requiratur specialis controuersum, & vtraque sententia est probabilis, requiri specialem magis receptum.*
5 *Limita tertio de iure Neapolitano, iuxta quod instrumentum census habet contra tertium possidentem hypothecas executionem paratam, etiam sine clausula, & pacto de non alienando.*
6 *Limita quartò de iure Castellæ, quo attento fiscus habet viam executiuam contra possessores hypothecarum obligatarum fisco per conductores Regiorum redituum.*
Refertur decisio Consilij Regij Patrimonij Hispaniarum.
7 *Limita quintò, si adijciatur clausula constituti, & precarij.*

DISPVTATIO XI.

An, & quando aduersus tertium possessorem executio locum habeat.

1 REgula generalis est aduersus tertium possessorem executionem locum non habere, siue ex sententia, siue ex instrumento guarentigio, quod obtinet vim sententiæ. Quam regulam, & conclusionem probant *textus in l. 1. & toto titulo Cod. quibus res iud. non nocet, leg. sæpe 63. ff. de re iudic. leg. nam posteà 9. §. si. cum lege sequenti, ff. de iure iurand. l. 1. ff. 1 §. de litig.* Docent *Bartolus in l. creditores 3. numer. 23. C. de pignor. Baldus in l. 2. numero 1. Cod. si vnus ex pluribus hæredit. & in leg. 2. num. 1. C. si aduersus creditorẽ præscript. opponat. Angelus in l. 1. §. Si hæres, numer. 1. Imola numer. 11. Alexand. numero 1. Iason num. 3. ff. ad Trebell. Decius cons. 198. numer. 5. Roder. Suar. in l. post rem, ff. de re iudic. in declaratione legis Regni, limit. 1. num. 1. Caballinus Milleloquio 633. Auendan. in l. 4. & 5. tit. de las exceptiones, num. 26. Rebuff. tom. 1. in Constitut.*

D. Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II.

Regni tract. de literis obligator articul. 2. d. gloss. vnica nu. 63. & 64. & art. 3. gloss. 2. ex numero 22. Maranta in speculo aureo, part. 6. titul. de executione sententiæ numer. 32. Duenas regula 277. limit. 2. & 3. & 5. Auiles in cap. 10. Prætorum, numer. 56. Parlador. libr. 2. rerum quotid. cap. fin. par. 4. §. 5. ex numero 1. Paz in prax. 1. tom. 4. part. capit. 1. numer. 49. & 50. Rodriguez de executione, capit. 4. numer. 45. vers. Verum tamen Matthias Colerus de processib. execut. 2. par. capit. 3. numero 432. in fin. cum seqq. Peguera decis. 7. ex num. 1. 2. parte vbi latè de regula, ampliationibus, & limitationibus eius, *Scaccia de appellationib. q. 17. limit. 6. membr. 4. ex numero 43. Gutierrez in repet. l. nemo potest,* ex numer. 387. latè, *ff. de leg. 1. idem Auendanus de exequ. mand. 1. par. cap. 16. numer. 7. Gallesius ad formam Cameral. obligation. quæst. 5. numer. 3. & ad eam Zachias n. 1. et 36. cum seq.* & impedimentis executionis ex oppositione tertij latè, & generaliter *Salgad. de Regia protect. 4. part. cap. 8. ex num. 56.* Tertium possessorem vocamus, iuxta animaduersionem Parladorij, eum, qui non est hæres vel successor debitoris, contra quem ius executiuum principaliter competit ex asse, vel ex parte quota sed eius bona habuit, aut ex titulo emptionis, aut donationis, aut singulari. In ratione huius regulæ reddenda est discordia. Alij dicunt, rationem esse quia actiones personales non transeunt in singulares successores, *l. ca l. 3. Cod. de condict. ob causam,* neque obligationes personales *l. vlt. §. vlt. ff. de contrah. empt. l. 1. §. Si hæres percepto fundo, ff. ad Trebell. l. adhuc 31. §. Si operas ff. vsufruct. leg. emptorem 9. C. de locato, l. æris alieni 15. ac donat.* Ergo neque ius exequutiuum passiue, quod est qualitas, & accidens obligationis potest inter tertium possessorem, qui non est vniuersalis successor, sed titulo particulari possidet, transire. Alij credunt, rationem esse quod res inter alios acta, alij præiudicare, aut damnum afferre non possit vt probat *textus in d. l. sæpè, ff. de re iudic.* & alij. Ergo reddo vnam, & alteram, dum tamen aduertam cum *Parladorio vbi supra numero 2.* regulam non solum habere locum si agatur ex actione personali sed etiam si ex actione reali.

2 Hæc tamen regula generalis primò limitanda est, si debitor principalis cœpto contra ipsum iudicio rem alienet, aut effectam litigiosam, aut etiam si litigiosa non sit, in fraudem paratæ executionis, & vt negotium maius actori facessat, tùc enim finito iuditio executio poterit fieri aduersus tertium, eam rem possidentem, etiam ex titulo particulari tractat *Salgad. de Regia protect. part. 4. capit. 8. ex numer. 168.* latissimè. Pro explicatione huius limitationis aduertem, aliquando effici rem litigiosam in iudicio, aliquando non effici. Efficitur litigiosa res, quando in iudicium deducitur actio realis super dominio rei, vel quasi, vt si agatur publiciana, aut de vsufructu, qui dominij pars est, idque si solum reus citetur, aut producatur libellus; si verò agatur actione personali, vt exempto, donato, aut simili, res efficitur litigiosa per litis contestationem, notat *Bart. in l. 1. C. de litigiosis.* De effectibus istius vitij *idem Bart. in l. vltima, eodem titul. & Cancer. variar. resol. 2. part. capit. 12. ex numer. 13.* Et probatur ex *Authent. litigiosa, & leg. 2. Cod. eodem,* notat *Couarr. in pract. cap. 15. n. 6.* quidquid dissentiat *Cancer. variar. resol. par. 2. d. cap. 12. ex numer. 4.* Res autem non efficitur litigiosa, quando agitur actione hypothecaria, *l. 1. C. de litigio. §. ab hoc, in Auth. de litigiosis, seu nouella 112. cap. 1.* notat *gloss. in d. Auth. litigiosa, verb. Dominio, & Bart. in l. 1. §. Si inter, n. 2. ff. de litig. & in l. 1. C. eod. tit. Bald. in l. 2. n. 3. & Salicet. in l. 3. circa fin. eod. tit.* & significat ib. *Cuiac. Couarr. in pract. d. c. 15. n. 6. Canc. var. resol. p. 2. d. c. 12. n. 9.* Ego

vt ingenuè dicam, contrarium dicerem, nempè, rem super qua contenditur in iudicio actione hypothecaria, effici etiam litigiosam propter generalia verba, l. censemus 4. C. de litigios. Et ad l. 1. eod. tit. & §. ab hoc, responderem agere, de hypotheca, quæ non efficit rem litigiosam, neque impedit eius alienationem, l. 2. C. de distract. pignor. etiam si creditor extraiudicialiter denunciet, ne res vendatur, non de re, quæ in iudicio per hypothecariam auocatur, & de qua proposita actione hypothecaria iudicialiter contenditur. Cui sententię fauet Duarenus ad librum 44. Digestorum, titul. 6. & Vuesembechius in Paratitla, ff. de litigiosis, numer. 2. qui nullam distinctionem inter iudicia realia inducunt, quoad efficiendam rem litigiosam. Verùm vt transeamus, seu annuamus Bartolo, & aliis, huc pertinent tituli Digestorum, & Codicis de litigiosis. Quouis autem modo moto iudicio eum reus in qua facienda est executio sententię pro actore ferendæ illudendo iudicem, & actorem in fraudem paratę executionis pendente iudicio alienat, & in alium transfert, sententia poterit contra nouum possessorem executioni mandari, nulla habita ratione translatę possessionis, quemadmodum item executio potest fieri contra possessorem rei litigiosę, vtpotè cuius alienatio nulla sit, vt prosequitur Cancer variarum resol. par. 2. dict. capit. 12. ex num. 14. Ad huc secundum casum puto pertinere, titulos Digestorum, & Codicis de alienatione iudicij mutandi causa facta, quamuis enim directè respiciant iudicia, mouenda, non iam mota, & pendentia, vtiliter etiam extendi poterunt ob maiorem rationem ad iudicia mota, & iam pendentia, quod enim ante iudicium motum fieri prohibetur, ne reus vexet actorem nouo, & duriori dato aduersario, multo magis prohiberi debet cùm iam actor actionem suam in iudicium deduxit. Ad hunc item casum pertinet de iure Neapolitano capit. Regni Conuentus, vbi notat Sebastianus de Neapoli, numer. 4. Igitur vtroque ex istis casibus aduersus tertium possessorem locum habet executio sententiæ, vel instrumenti cœpta contra principalem debitorem, vt dixi tom. 1. tit. 1. disp. 2. quæst. 7. section. 3. ex numer. 930. & numero 933. retuli Doctores de vtroque casu loquentes. Tractat Bart. in leg. creditores 3. numer. 23. C. de pignor. vbi distinguit, & sentit Colerus de process. executiu. 2. part. capit. 3. numer. 439. 441. & 443. Giurba decis. 62. ex num. 5. Castillo in l. 63. Taur. gloss. 1. col. 3. vers. Sed pone, Peguera dict. decis. 7. ex nu. 5. & 19. 2. part. Caberanus decis. 65. numer. 5. Cancer. variar. resol. part. 3. capit. 17. ex num. 461. Anna singul. 28. Giurba decis. 62. num. 5. qui benè declarat, quando alienatio dicatur in fraudem executionis facta, & num. 18. Asinius in praxi iudicior. §. 31. cap. 2. ampliatione 14.

3 Limita secundò, si in instrumento contractus adiiciatur pactum de re aliqua non alienanda, & adiciatur hypotheca specialis, tunc enim poterit hoc instrumentum recta via executioni mandari contra nouum possessorem habentem causam à debitore. Ratio est, quia alienatio facta contra pactum est nulla, & sic res alienata nō censetur exiisse à patrimonio debitoris, vt probat l. si credit. 7. §. vltimo, ff. de distract. pignorum. Docuit Bartolus in dict. l. creditores, numero 25. ff. de pignoribus, Matienzus in l. 1. tit. 17. lib. 5. Recop. gloss. 3. numer. 6. Rodericus Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, limitatione 1. num. 5. & 7. ff. de re iudic. & Valdès ad eum locum, Colerus de processibus executiuis, part. 2. cap. 3. numer. 460. Paz in prax. 1. tom. 4. part. cap. 1. num. 49. Couarr. lib. 2. var. cap. 15. num. 3. & lib. 3. cap. 7. num. 6. vers. Hinc etiam, in fine, Rodriguez de executione, cap. 4. num. 47. Surdus cons. 405. num. 8. volum. 3. Ex quo fit, vt in Castella possessor hypothecę censualis, in qua successit titulo singulari emptionis, donationis, legati, aut alio, à creditore census nihilominus conueniatur via executiua, cum in omni instrumento censua apponatur pactum de non alienando rem censui suppositam, quæ coniuncta cum speciali ipsius census hypotheca, habent hunc effectum, vt tertius via executiua directo, seu recta via conuenit possit à creditore, vt notarunt Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 4. par. §. 5. num. 16. Feliciannus de censibus tom. 1. libr. 3. cap. 4. ex numer. 6. & tom. 2. lib. 3. cap. 4. num. 5. Gaspar Rodericus de annuis, reddit. lib. 2. quæst. 9. ex num. 54. Auendano de censibus cap. 85. ex numer. 2. & num. 8. Rodrig. d. cap. 4. nu. 48. versicul. Quod vero secus Cenal. in speculo pract. q. 820. ex num. 28. Salgad. de Reg. protect. part. 4. cap. 8. num. 199. dum tamen limites iuxta dicta supra tit. 1. disp. 2. ex num. 351.

4 An verò ad hunc effectum impediendæ alienationis necessaria sit hypotheca specialis adiecta pacto de non alienando, vel potius generalis sufficiat, tractant Couarruuia libro 2. variar. cap. 15. numer. 3. Negusantius de pignor. 2. part. membr. 1. numer. 5. Anton. Gomez in leg. 40. Tauri, num. 19. Rodericus Suarez in leg. post rem, in declaratione legis Regni, limit. 1. nu. 11. Gregorius Lopez in l. 19. tit. 8. p. 5. glos. 5. in fin. Anton. Gabr. commun. opin. libro 3. tit. de pignor. conclus. 1. Parlador. vbi sup. d. §. 5. ex num. 17. Fachineus controuers. iur. libr. 12. controuers. 28. Gaspar. Rodericus d. quæst. 9. ex numer. 49. circ. med. Peregrinus de fideicommiss. art. 51. num. 77. Barbos. in l. si filio familias 26. §. fin. ex num. 32. ff. solut. matr. Rodrig. d. cap. 4. ex nu. 51. & vtraque opinio, quòd sufficiat generalis hypotheca, vel requiratur specialis, est probabilis, & communis, sed specialem requiri, est magis communis, & recepta.

5 Limita tertiò de iure Neapolitano, iuxta quod instrumentum census, etiam si in illo non apponatur clausula de non alienando, vt re vera non soleat apponi, habet executionem paratam contra tertium possessorem hypothecarum specialium census: ita statuitur pragmatica 1. §. 4. de censibus, notat Petrus Gregorius de censibus, quæst. 6. ex num. 9. & num. 29. vers. Quinimò, & ad eum locum Mastrillus ex numero 91. Giurba decis. 22. Follerus in prax. censuali verb. Tanquam res iudicatas, num. 39. Rouit. in d. pragmat. 1. num. 20. quidquid contra videatur sentire Mauson. de causis executiu. lib. 1. q. 7. ampliat. 6. ex num. 17.

6 Limita quarto de iure Castellæ, ex quo Fiscus potest vti via executiua contra tertios possessores bonorum obligatorum per conductores Regiorum redituum, etiam si in prædictis bonis succedant titulo particulari emptionis, donationis, aut alio, nedum si succederent titulo vniuersali hereditatis. Ita statuitur in leg. 27. capit. 11. titul. 11. libr. 9. Recopil. in C. additionum, similis stili obseruari soliti in quadam Curia Cabeoli, vel sancti Marcellini, vt instrumentum contra tertium possessorem bonorum, quę quondam fuissent debitoris, posset executioni mandari, meminit Franc. Marc. decis. 61. quæritur, an vigore, part. 2. ex impressis Lugduni ann. 1587. Quam limitationem crederem practicandam, non solum quoad bona specialiter obligata Fisco à conductoribus Regiorum redituum tempore conductionis, & contentis in memoriali bonorum, quod tempore oblationis producere debent, quo declarare debent bona, quę habent, iuxta d. l. 27. cap. 3. sed etiam quoad bona obligata generaliter, aut quia fuerint post acquisita, aut forsan in dicto memoriali non expressam, quoniã verba legis generalia in d. cap. 11. omnia comprehendunt. Cùmque ego iuxta prædictam legē anno preterito 1617. ni fallor, Madr. protu-

lissem

lissem sententiam executiuam contra quosdā ‹ertios› possessores quorundam iuturum (sic vocamus Hispani census impositos super Regijs reditibus) Fisco obligatorum in contractu conductionis Regiorum redituum, aut alio contractu ex ijs, quos vocant *Assientos*) non enim satis recordor) & prædicta iura vendi iussissem, interposita appellatione ad Consilium Regij Patrimonij, solemniter discussus est articulus iste, an executio contra tertios possessores locum haberet, coram toto Consilio interuenientibus insigni Viro Domino D.Ferdinando Carrillo, Præside prædicti Consilij, & Dominis Consiliaris supremi Consilij, tunc assistentibus in Consilio Regij Patrimonij iuxta solitum, dignissimis D.Didaco de Ayala, & Doctore Antonio Bonal, cæterisque Dominis de Consilio, sententiamque meam validissimè impugnasset Magnus Aduocatus D.Didacus Gonzalez de Contreras, postea consiliarius Senatus Indiarum, ac tandem Supremi Senatus Castellæ; eamque acerrimè defendisset nobilitate, literis, & virtutibus excellens, integritateque notissimus D.Didacus de Corral, tunc Fiscalis Regij Patrimonij, post in supræmo Castellæ Senatu, & Regia Camera Consiliarius, diuersis rationibus hinc inde congestis, iussus ego, qui aderam, dicere, si quid mihi occurreres pro mea sententia, breuissimè me expediui, dicens ad eam sententiam proferendam me motū fuisse ex *d.l.* 17. *c.*11. quæ allegatio prædictis Dominis visa est noua, quoniam erat recenter, & non multò antè editus Codex additionum ad Recopilationem, in quo prædicta lex continetur, & locus, vt videbatur, a nullo prædictorum Dominorum fuerat visus, ac tandem mea illa sententia fuit confirmata, & executioni mandata. Cumque postea domini, quam ego frequentabam, incidisset sermo de prædicta lite, & longa aduocatione, iussit mihi doctissimus, & illustrissimus Præses, vt ostenderem legem, quam allegaueram, accepi librum, & eam ostendi, & legi, qua audita dixit mihi locum esse insignem, & textum illum apertissimè, & manifestissimèque probare id, ad quod fuerat à me allegatus, vehementer miratus, legem illam non fuisse allegaram à Fiscali & tam insedit memoriæ, vt post multos annos oblata occasione in Consilio Indiarum, cuius iam erat Præses, versus ad me, & colloquutus mecum, qui aderam, Recordaris, inquit, legis illius, quam allegasti ad probandum, in obligatione Fiscali executione contra tertium locum habere, & sententiæ quam tulimus in Consilio Regij Patrimonij? & ego annui insigni viro.

7 Limita quinto, si in instrumento adijciatur clausula constituti, & præcarij, vt latè prosequitur *Matienzo in lege* 1.*tit.*17.*libr.*5.*Recopil.gloss.*3. *num.*7. que fuit sententia *Bartoli in leg.creditores* 3.*numer.*25.*vers.Sed pone, C. de pignor.* quem consequitur ibidem *Salicetus numer.* 25. *Tiraquel.* latè *de iure constituti*, 1.*part.ex numer.* 43. *& Capicius decis.*192.*numer.* 8. quamuis non ita clarè, *Negusant.* tamen *de pignoribus* 8.*part.membr.*1.*num.*17. *vers. Quarto fallit* tribuit effectum clausulæ præcarij, & constituti, vt procedatur contra tertium per hypothecariam, non facta excussione contra principalem debitorem, non tamen dicit via executiua, simili modo videntur loqui Salicetus. & Capicius, & sic hæc res aget maturiori deliberatione.

SVMMA DISPVTATIONIS Duodecimæ.

1 DE tertijs oppositoribus multi scripserunt, & qui tamen vix, & obiter attigerunt disputationem propositam.
2 *Proponitur casus, de quo agitur.*
3 *Secundus creditor comparens in iudicio post adiudicationem, aut possessionem bonorum debitoris potest agere contra possessorem via ordinaria, non executiua, quibus tamen habet contra suum debitorem, & alia eius bona si quæ habet.*
4 *Cùm debitor est idoneus ad soluendum omnibus suis creditoribus, vnus creditor non impedit viam executiuam alterius.*
5 *Cùm vnus creditor se opponit executioni ab alio factæ petens se præferri primo venienti, debet supersederi in via executiua, & agitur via ordinaria inter ipsos, donec examinetur, quis sit potior, & præferendus si debitor non est idoneus.*
6 *Cùm vxor se opponit executioni factæ in bonis mariti per alios creditores, supersedetur in executione, & auditor via ordinaria.*
7 *Cùm duo creditores agunt contra vnum debitorem, duæ sunt lites vtriusque, alia est contra debitorem, & ex executiua; alia est inter ipsos creditores, quis sit præferendus, & illa est ordinaria.*
8 *Cùm duæ causa complicantur, alia inappellabilis, alia appellabilis, & super vtraque pronunciatur, tota sententia est appellabilis.*
9 *Creditoris posterius venientis ad iudicium inter magis, debitoris bona in eodem statu conseruari, quàm subijci incerto cautionis periculo.*
10 *Tertio oppositorem non impedire viam executiuam, quorundam sententia.*
11 *Sententia lata pro primo litigatore, etiamsi superueniat tertius oppositor, executioni mandatur præstita cautione in casu succumbentiæ per eum, pro quo sententia lata est.*
12 *Concurrentibus duobus creditoribus super eodem pignore, non impeditur executio, sed pignus venditur emptori cum onere soluendi debitum anterius.*
13 *Explicatio* l. penult.ff.de petit.hæred.& l. is à quo, ff. de rei vindic.
Limitationes l. is à quo, *remissiue, ib.*
14 *Explicatur* textus in l. à Diuo Pio, §. sed & illud, versiculo, Quod si res, ff.de re iudic.
15 *Cùm debito est idoneus pluribus creditoribus concurrentibus dimittitur pignus primò captum controuersum, & executio fit in alio.*
16 *Non impeditur executio facta, cùm oppositio est calumniosa facta ad finem differendi solutionem.*
17 *Si primus litigator non petit sibi solui sed pignora capta in causam iudicati vendi vt de pretio satisfiat potiori, non impeditur neque retardatur executio venditionis.*
18 *Tertij oppositores sunt in triplici genere, alij coadiuuant actorem, alij reum alij excludunt vtrunque, in primo, & secundo genere admittuntur in terminis, in quibus causa reperitur: in tertio genere audiuntur ex integro.*

DISPVTATIO XII.

Vtrùm executionem impediat tertius oppositor, qui habeat similiter contra reum viam executiuam, dum contendit, se esse priorem, & potiorem, quàm ille, qui prius contra eundem reum executionem potierat, & obtinuerat.

1 DE Tertijs oppositoribus multi, multa scripserunt Doctores Legistæ *l. cùm idem, penultima, ff. de petition. hæreditat. & in l. is à quo 57. ff. de rei vindicat. & in l. à Diuo Pio XV. §. si super rebus, & §. sed & illud, versicul. Quod si res, ff. de re iudic. Canonistæ in capit. veniens 38. de testib. & in cap. cùm super 17. de re iudic. Couarruuias in practic. cap. 13. 14. 15. & 16. Trentacinq. libro 2. variar. titul. de iudic. resolut. 16. Marescot. variar. resol. libr. 2. capit. 121. Cancer. variar. resolut. 2. part. capit. 16. Gayl. obseru. pract. libr. 1. obseru. 70. 71. & 72. Menoch. de arbitr. libr. 2. centur. 1. casu 18. Ninsynger. obseruat. centur. 3. obseru. 73. Tepatus in compendio variar. tit. 90. & tit. 278. cap. 9. Scaccia de appellat. quæst. 17. limit. 6. membr. 4. ex num. 51. Rolandus cons. 5. volum. 2. Felinus in dict. cap. veniens, numer. 7. ex vers. Tertia conclusio, & in d. cap. cùm super, ex numero 11.* vbi tradit sex limitationes ad *text. in dict. l. is à quo, ff. de rei vindicat. Barbosa in l. si alienam 12. ex num. 15. & in l. Titia 35. numer. 7. vers. Item, & secundo, ff. solut. matrim. Bernardus Diaz regul. 266 Dueñas regul. 274. Riccius,* amicus noster, *collectanea 1257. Benintend. decis. 75. Cacheran. decis. 38. Caualcan. decis. 27. numer. 37. 2. part. Ioseph. Ludouic. decis. Perus. 26. Franch. decis 261. & decis. 492. Cartar. decis. 52. Surd. decis. 335. Peguera decis. 7. & 67. 2. part. Castillo decis. 220 libro 3. Valasc. consult. 55. Fabius de Anna cons. 97. & 98. lib. 2. D. Franciscus Merlinus Pignatellus,* Collega, & amicus noster, *controuers. forens. c. 30. (Salgad.* latissimè *de reg. protect. part. 4. cap. 8. ex numer. 56. Gizzarell. decis. 41.)* Cumque tam abundè materiam tractauerint, parum tamen de casu proposito, & non nisi obuiter, & vt dicitur, per transennam dixerunt, & quid multi ex illis circa hanc rem senserint, colligi non potest, etenim aut de opponentibus se liti, in qua agitur actione reali rei vendicationis pariter eandem rem petentes, quam ad se pertinere primi litigatores prætendebant, aut de iis oppositoribus à quibus in iudicium non vocatis possessæ res auocabantur, aut contra quos, & quorum bona sententia, vel instrumentum, cum in eis nominati non essent, executioni mandarentur, quærentes, in rebus alienis executionem fieri, tractarunt; hunc autem, quem proposuimus disputandum articulum, vix attingentes.

2 Igitur vt explicemus casum, de quo in præsenti sermo futurus est, Ponamus, Titium habere instrumentum guarentigium contra Sempronium, & eo coram Iudice producto petijsse executionem contra Sempronii bona, captisque pignoribus via executiua procedi: & vel statim post capta pignora, vel subitò post obtentam vltimam sententiam in via executiua, sed ante illius executionem, & ante venditionem, vel addictionem pignorum creditori Titio factam, dationemque in solutum, comparere in iudicio executiuo, Caium creditorem similiter Sempronii ex alio instrumento guarentigio, vel sententia iudicatum transacta, productoque contra Sempronium eundem communem debitorem instrumento, opponere se executioni pro Titio factæ, petendo se eidem Titio præferri quoad Sempronii bona, & de eorum pretio sibi potius, quàm Titio solui debere, qui executioně præoccupauit. Quæritur, quid iuris, & an processus Titii executiuus impediatur per istam oppositionem Caii, supersedendumque sit in exequendo, donec constet, quis ex duobus istis creditoribus sit præferendus, & cui potiùs soluendum ex pretio venditionis bonorum Sempronii communis debitoris?

3 Dixi, *antè executionem vltimę sententiæ, aut decreti executiui, & venditionem bonorum debitoris, & pretij eorum conuersionem in soluendo creditori primum venienti, aut eorundem bonorum adiudicationem, & insolutum dationem, aut quæsitam eorum possessionem per primum creditorem comparere secundum.* Quoniam si post ista facta, & absoluta secundus creditor compareret, dicunt Practici, executionem nullo modo impediri, sed creditori tardius venienti reliquam esse viam ordinariam contra possessorem bonorum sui debitoris, aut agendi executiuè contra eundem debitorem, & eius bona, si quę superfuerint. Ita docet *Gregor. Lopez in l. 11. tit. 14. part. 5. gloss. 1. Parlador. lib. 2. rerum quotid. capit. fin. 5. p. §. 10. num. 24. Paz in praxi tom. 1. 4. part. cap. 4. num. 2. Costa tract. de re integra, dist. 95. numero 2. cum seqq. Volano in Curia Philippica 2. part. §. 26. num. 4. Giurba decis. 61. ex numero 3. Rodriguez de execution. cap. 8. n. 5. Auendan. de censib. cap. 109. num. 6.* Et probatur a parte ex *textu in l. à Diuo Piò XV. §. si post addictum, ff. de re iud.* & ibi traditis à Doctoribus.

4 Hac in re in primis certum est, vbi reus est idoneus, & soluendo omnibus creditoribus, agentibus contra ipsum via executiua, executionem non impedire, neque hoc casu necesse est, opponi vnum creditorem alteri, etenim neuter impedit alterum, ne exigat creditum à debitore communi, qui habet bona, ex quibus possit vtrique satisfacere, atque adeò cùm non intersit vnius, ne alius recuperet, vnius recuperatio non obstat recuperationi alterius. Ita adnotauit *Paz in praxi, 1. tom. 4. part. cap. 4. num. 5. Heuia Bolano in Curia Philippic. 2. par. §. 26. nu. 5. Villadiego in Polit. cap. 2. num. 129. & 131. Cacheran. decis. 65. numer. 6.* Imò verò addunt, hanc oppositionem esse manifestè calumniosam, ac proinde non admittendam, neque ex ea retardandam executionem à primo creditore intentam, & promotam. Si verò debitor idoneus non est, neque sufficiunt eius bona ad satisfaciendum omnibus creditoribus, tunc oppositio admittenda est, & censenda iusta, quoniam vtriusque creditoris interest, ne alteri soluatur, nam quod vni soluitur, alteri aufertur, & quod vnus lucratur, alter amittit.

5 Sit igitur conclusio. Cum vnus creditor opponit se executioni per alterum factæ, vtens actione personali, & hypothecaria sibi competente, & petens se præferri in pretio redacto ex venditione bonorum debitoris; aut actione personali priuilegiata; verb. grat. si vxor se opponeret executioni factæ in bonis mariti ob instantiam alterius creditoris; supersedendum est in executione, in quocunque statu sit processus executiuus tempore oppositionis, qui silere debet interim, dum inter ipsos creditores agitur via ordinaria, & examinatur, quis sit prior, & potior, & cui sit prius satisfaciendum de bonis debitoris. Ita sentit *Bartolus in leg. à Diuo Pio XV. §. si super*

rebus

rebus, num. 3. ex vers. si verò fit missio in alia re, ff. de re iud. Abbas Panormitan. in cap. veniens 38 numer. 1. & numer. 6. de testib. & in cap. cùm super 17. num. 7. de sentent. & re iud. Paul. Castrens. cons. 179. in causa, quàm Magnificus, num. 9. 1. par. Natta cons. 300. num. 2. & cons. 327. numer. 1. tom. 2. & cons. 552. numero 1. tom. 3. Gozadinus consil. 103. numer. 10. Gregor. Lopez in leg. 1. tit. 14. part. 5. gloss. 1. in principio, Gratianus regul. 418. limitat. 7. numer. 8. Minsyngerius singular. obseruat. centur. 3. obseruat. 73. numer. 7. & 8. Barbosa in l. si alienam 12. num. 20. in fin. ff. soluto matrimonio Ioseph. Ludouicus decis. Perusin. 36. numer. 26. Cancer. variar. resol. par. 2. c. 16. numer. 62. & 63. Thusc. litera C. concl. 213. num. 38. & lit. T. concl. 86. num. 19. 23. & seqq. Paz in praxi, 1. tomo, 4. par. cap. 4. num. 1. & 7. Scaccia de commercijs, §. 2. glossa 5. num. 408. & §. 7. glossa 5. numer. 84. vbi dicit esse communem conclusionem, & seruari in praxi Volano in Curia Philippica, 2. par. §. 25. numer. 11. Frezza de praesentatione instrumentorum, part. 9. quaest. 11. Surdus decis. 335. numer. 6. & 22. Bouadilla lib. 2. Polit. c. 20. num. 50. Auendanus de censibus, cap. 109. ex numer. 1. significat Anna singulari 28. in fin. ibi: Et quia non allegauit anteriora iura, De iure Castellae probatur in l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop. vbi Azeuedus notat, & Gutierr. in repet. l. nemo potest, num. 391. ff. de leg. 1. Rodriguez de executione, cap. 8. ex numer. 2. (Salgad. de Reg. protect. p. 4. c. 8. num. 65.) alios allegaui supra tit. 2. disp. 8. num. 10. vbi Doctores Hispanos praedictam legem extendere ad omnia Tribunalia, & sic vsu esse receptam, & ibidem num. 11. notaui discrimen inter ius commune, & ius Regium Castellae.

6 In casu autem, quo vxor se opponit executioni factae per alios creditores in bonis mariti vergentis ad inopiã, petens se declarari esse praeferendam, & tuendam quoad suam dotem, quod supersedendum sit in executione, & vxorem via ordinaria audiendam, sentiunt Baldus nouellus de dote, 7. par. priuil. 18. numer. 2. in fin. versic. Si autem mulier vellet, & priuil. 24. numer. 2. Negusant. de pignor. 5. part. memb. 1. ex numer. 29. Afflict. decis. 199. & ibi Addentes, Thesaur. decis. 207. Franch. decis. 54. Grammatic. decis. 92. ex numer. 17. Cacheranus decis. 132. numer. 12. Cartarius decisio. 8. Giurba decis. 16. & decis. 61. ex numer. 15. Gayl. obseruat. pract. libr. 2. obseruat. 92. Rebuffus tom. 2. in Constit. Regi. tract. de constitutionibus redditnum, art. 1. gloss. 14. num 43. Cassanaeus in consuetud. Burgund. Rubric. 4. §. 17. verb. Parson mari, numer. 9. Stracca de decoctoribus, 5. part. num. 12. Ioann. Vincent. de Anna singulari 598. Fabius de Anna consil. 63. & 69. Prosp. Petra ad Capicium decis. 41. additio. ne vltim. Thesaur. quaest. forensi. lib. 2. quaest. 65. numer. 6. Marescot. libr. 2. variar. resolut. cap. 121. ex numer. 22. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 4. num 4. Barbosa in l. si constante 25. in principio, num. 61. ff. solut. matrim. Rodriguez de executione, cap. 8. ex num. 10. Colerus de process. execut. 2. par. cap. 3. ex num. 264.

7 Haec conclusio probatur primò efficaciter, quoniam cùm creditor primò veniens in iudicium agit via executiua contra debitorem, & post alius creditor superueniens contra debitorem eundem aliud iudicium executiuum, petens, simul se praeferri creditori prius agenti, duae diuersae lites considerari possunt, quae sunt per vnam, & eandem sententiam diffiniendae. Prima est lis executiua contra debitorem, in qua vnus creditor alteri pars est. Secunda est lis inter creditores ipsos super praelatione: quae non est lis executiua, vnus enim creditor contra alterum executiuè agere non potest, cum neuter habeat alterum obligatum. Ergo dum de hoc iure tractatur, cuius discussio praeiudicialis est sententiae ferendae super executione, suspendenda est via executiua, & agendum ordinaria inter ipsos creditores, donec vnus ostendat contra alterum ius prioritatis, & potioritatis, quod solet esse satis intricatum, cùm nonnunquam deriuetur ex cessionibus aliorum creditorum, aut priuilegijs, quae consistunt in facto, & indigent probatione.

8 Confirmatur ex eo, quòd quando duae causae complicatae sunt, quarum vnam appellationem admittit, & non est executiua, alterius quia est executiua appellationem non admittit, cum semper vtraque pronunciantur, tota sententia est appellabilis, & executio fieri nequit, etiam pro parte sui inappellabili, & executiua, vt docet Bald. cons. 141. num. 7. vol. 1. Contardus in l. vnica, lim. 2. nu. 45. & limit. 24. ex num. 1. C. si de moment. possess. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 3. numer. 187. & de recuper. possess. remed. 9. num. 321. Horatius Barbatus super pragmatic. de assistentia glos. 1. num. 50. Scaccia de appellationib. quaest. 17. limitatione 6. membro 9. numer. 84. Giurba, qui plures refert decision. 101. ex numer. 1. Ergo, ratione complicationis istarum litium creditorum inter se, & cum debitore, processus executiuus fiet ordinarius, & sententia alioqui executiua futura non erit executiua inter ipsos creditores.

9 Secundò, quoniam creditoris posterius Iudicem adeuntis pro impetranda sui crediti satisfactione interest magis, debitoris bona conseruari in eodem statu, vt tempore, quo vendantur possit de eorum pretio sibi satisfieri, quàm subijci incertae cautionis periculo, si solueretur creditori prius venienti cum cautione de restituẽdo, l. pupilli 6. ff. quod falso tut. author. l. cogi 16. §. idem quaerit, & ibi glossa verb. Cautionis, leg. qui ita 66. §. etiam ff. ad Trebell. Aut enim creditor prius dimissus, & fideiussor eius poterunt decedere, aut propter interuallum temporis non eandem fidem habebunt, l. Carbonianum 3. §. causae cognitio, versiculo, Finge esse Testes ff. de Carbonia edict. praesertim cùm pecunia facillimè expendatur, difficulterque recuperetur, bona autem iudicialiter vendita vendantur libera. Ità fiet, vt postquam creditor tardius ad iudicium veniens obtineat sententiam contra priorem dimissum, qua declaretur potior, non inueniat, ex quo sibi satisfiat, & opus erit nouo iudicio contra creditorem, qui pecuniam consumpserit, aut fideiussionem minus idoneum dederit, quod indicant quotidiana experimenta. Satius ergo erit, viam executiuam suspendere, donec patefactis vtriusque creditoris iuribus iudex pronũciet, cui prius, & de qua quantitate, cui verò posterius sit satisfaciendum de pretio bonorum debitoris existentiũ, quam ius litigatoris incerto cautionis committere, cum in mora modici temporis paruum sit praeiudicium, aut damnum, l. si debitori 21. ff. de iud.

10 Contrariam tamen praedictae conclusioni sententiam, quinimò tertium oppositorum in iudicio comparentem, & ostendentem iura sua contra debitorem, atque item contra creditorem, qui prius comparuit, aut sit ius prioris hypothecae, aut actio personalis priuilegiata: non impedire viam executiuam prius moram, sed procedendum esse ad sententiam, & venditionem bonorum, & ex eorum pretio satisfaciendum creditori prius accedenti ad iudicium, deuenientique ad sententiam oppositione non obstante, praestita tamen per praedictum creditorem cautione de indemnitate, aut restitutione creditori tardius venienti in casu succumbentiae tuentur Thusc. liter. T. conclus. 86. numer. 13. & ex numer. 16. tamet. si non possit colligi satis clarè eius sententiae quoad praesentem

sententem articulum ob ea, quæ adiungit. Itē *Marescot.lib.2. var.resol.cap.121.nu.3.* qui tamen ibi non agit de creditore deducēte in iudicium actionē personalē sed realem Clarus ei sententiæ adhæret. *Costa tract.de re integr. dist.95. num. 6. & 8. Gtarba decis.61.num.2.6.& 7.& 18. Volano in Curia Philippa 2.par.§.26.nu.9. Milanensis decis. 12. ex num.128.lib.Salgad.d.cap.8.num. 66.*

11 Probatur primò ex *textu in l. cum idem 57.ff. de petit. hæred.& in lege is à quo 57. ff.de rei vendicat.* vbi sententia lata pro primo litigatore, etiam si superueniat tertius oppositor, executioni mandatur, præstita cautione per eum, pro quo sententia lata est, de restituendo secundo litigatori in casu succumbentiæ.

12 Secundò ex *textu in l.à Diuo Pio 15.§. Sed & illud verf. Quod si res,ff de re indic.* vbi concurrentibus duobus creditoribus super eodem pignore, non impeditur executio, sed pignus venditur emptori cum onere soluendi debitum anterius priori creditori, & reliquum pretium conuertendi in rem iudicatam. Cum quo textu de iure Castellæ conuenit *l.38.tit.13.par.5.& Paulus in dict.§.Sed, & illud, num. 1.verf.Secunda limitatio.Alexand. num. 2. & 4. Iason.in principio,* dicunt, quæstionem pignoris non retardare executionem. Consentit *Gregor.Lopez in l. 11. tit. 14.part. 5. gloss. 2.in fin.& Neguzant.de pignor.6.part. membr.1 .num.30.*

13 Nihilominus non est recedendum à proposita conclusione, quæ verissima est. Neque obstant in contrarium adducta. Nam ad *textus in l.penultim.ff. de petit. hæred.& in leg.is à quo,ff. de rei vindic. dicendum est,* loqui de casu diuersissimo, videlicet, quando agitur ad hæreditatem, vel rem aliquam singularem actione reali, aut, inquam petitionis hæreditatis, aut rei vendicationis, & tertius se opponit contendens, illas easdem res ad se pertinere, quibus casibus primum iudicium non retardatur, & qui prius deuenit ad sententiam prius obtinet executionem, sed præstatur cautio tertio oppositori de restituendo illi in casu victoriæ. Quæ cautio conseruat integrum ius oppositoris sine vlla deterioratione, etenim rem possessam à reo primi iudicij, si ipse oppositor vindicat, eodem modo poterit auocare à nouo possessore, quo auocaret à primo: at in nostro casu cùm agitur actione personali ad obtinendam pecuniam à debitore, semel venditis bonis, si pecuniæ ex venditione radacta veniat ad manus primi litigantis, difficilimè poterit recuperari, cum tam facilè possit expendi: quare ius tertij oppositoris multum læderetur, etiam si cautio adhibeatur. Ideò securius est, bona debitoris pignorata conseruari, & differri eorum venditionem, quousque iudex possit diffinire, cui, prius, & quantum solui debeat, cui posterius, & inter istos casus penè agnouit discrimen, *Natta cons.327.numer.1. & Bartol.in d. §. Si super rebus.* De limitationibus autem prædictæ *leg.is à quo* vide *Vincentium de Franchis decis.261.ex num.3. Afflictis decis.15.num.2.& decis.235. &* ante eos *Felinum in capit. veniens 38. ex num. 8.de testibus,* superius commemoratum, *num.1.* In quibus autem casibus procedat, vide longam remissionem apud *Anton. de Amato resolution. variarum,lib.2.resol.99.num.30.& 31.& 32.*

14 Ad secundum dicendum est, *textum in dict. §. Sed & illud. verf.Quòd si res,aut §.quòd si res,* & Doctores allegatos loqui de casu, quo quis obtinuerat pro se sententiam, & non erant bona debitoris, quæ possent capi in causam iudicati, præter pignus apud alium creditorem inuentum, cum quo non erat controuersia super proprietate, quia vel obtinens sententiam cedebat tenenti pignus, aut nolebant contendere: eo casu, ait iurisconsultus, pignus esse vendendum cum onere satisfaciendi ei, apud quem pignus erat, quem videtur præsupponere potiorem esse, reliquum verò pretij in executionem iudicati conuertendum. Nos agimus de casu longè diuerso, scilicet cum tertius oppositor agit contra creditorem prius mouentem iudicium executiuum, contendens se præferri deberi, & sua iura contra debitorem potiora esse. Tunc dicimus, in prima executione supersedendum, donec, vtriusque creditoris iura examinentur, & discutiantur, & diffiniatur, quis sit potior ex illis, & primò satisfaciendus.

15 Retenta igitur prædicta nostra conclusione, eam limita primò si debitor est idoneus, & soluendo vtrique creditori, & habet plura bona, quā capta in causam iudicati in prima executione, tunc relinquenda sunt pignora controuersa, & alia capiēda iuxta *textū d.l.à Diuo Pio, §.Sed & illud,* & ibi tradita à Doctoribus. Cum quo textu de iure Castellæ conuenit *leg.3.titul.27.part.3.* & ita faciendum esse notat *Parlador.lib.2.rer.quotid.capit. fin.5.par.§. 11.num.60.* quo casu non impeditur prima executio per oppositionem tertij, vt notaui *supra num.4.*

16 Limita secundò, si oppositio istius tertij sit calumniosa, solum eo fine facta, vt retardatur executio: nam tunc non solum non impeditur executio prius facta, sed neque est admittenda oppositio, argumento *cap. suscitata 6.de in integr. restit.* Hanc limitationem tradunt *Iason, in l.4.§.Condemnatum,num. 11.ff.de re iud.Couarru.in pract. c.16.numer.2. Auend.in.de exequend.mandat. 1.par.capitul. 26.num.6.Peguera decis.7.num.22.2.par.Gayl.pract.obseruat.lib. 1.obseruat.69.num.5.& 6.& obseruat.70.num.20. Marescot.var.resol.lib.2.cap.121 .num.15.Rodriguez de execut.capitul. 8.numer. 2.versiculo Caterum, Parladorius vbi supra.*

17 Limita tertiò, si primus litigator non peteret sibi solui, sed pignora in causam iudicati capta vendi, vt de pretio satisfiat ei, qui potiora iura habuerit, auditis super pretio tam ipso, quàm tertio oppositore, nō enim debet impediri bonorum venditio à quocunq; petatur, etiam si alter contradicat. Nam cùm actus venditionis sit omnibus vtilis, qua fronte poterit recusari impediri, aut contradici? Hæc limitatio colligitur ex *textu in dict. §. Sed & illud, in verf. Quod si res,* eamque tradunt *Neguzantius de pignorib.6.part.memb.1.n.30.post Bart. Alex.& Ias. ibi Ioann.Faber.in l.si eo tempore,num.4.C.de remiss.pignor. & Thusc.liter.C.conclus.1059.num.4.& liter E.conclus. 489 numer.2.*

18 Illud pro coronide adijcio, iuxta adnotata per Doctores tractantes de tertio oppositore, hos tertios oppositores esse in triplici genere, Primum eorum, qui veniunt ad litem ad coadiuuandum actorem. Secundum eorum, qui veniunt ad litem ad coadiuuandum reum. Tertium eorum, qui veniunt ad excludendum tā actorem, quàm reum. In primo, & secundo genere regula est, istos tertios oppositores ita esse admittendos, vt assumant litem, & eam prosequantur in eodem statu, in quo tempore oppositionis inuenitur, & quo ab ipsis principalibus litigantibus sustinebatur. In tertio verò oppositorum genere regula est, eos admitti debere ad causam agendam ab initio, ita quidem ac si alijs cępta non esset, & non teneantur eam assumere in eo statu, in quo erat inter primos duos litigatores tempore oppositionis, & cum ipsi ad litem accedunt. Adnotauit *Couarru. in pract.cap.13.in princip.cum sequentibus, Barbosa in l.si alie.*

nam

num 12. ex num. 16. versic. Pro vera igitur resolutione, & in leg. Titia 35. ex num. 7. propè medium ff. solut. matrim. Gayl. observat. practicar. libr. 1. observat. 70. & 71. Fabius de Anna consil. 97. & 98. Peguera decis. 67. 2. part. Cancer. variar. resolut. 2. part. cap. 16. ex numer. 1. Igitur oppositor iste, de quo in hac disputatione actū est, pertinet ad tertium genus, nam venit contra reum debitorem, vt exigat sibi debitum: venit etiam exclusurus actorem, cùm contendat se illi præferendum esse: ac per consequens litem non renebitur assumere in eo statu, quo tempore oppositionis inuenietur, sed nouiter cum illo agendo est dato nouo termino, & processu denuò compilato.

SVMMA DISPVTATIONIS. Decimatertiæ.

1 *Ex beneficio inuentarij actiones hæredis contra defunctum, quæ alioqui confunderentur, non confunduntur, sed manet salua contra hæreditatem.*

2 *Proponitur difficultas, de qua tractatur.*

3 *Distinguuntur duo casus, primus est, si hæres se opponeret executioni factæ per alium creditorem contra defunctum tanquam reus.*

4 *Hæres opponens se executioni tanquam reus incontinenti debet probare exceptiones, quas allegat.*
Exceptiones postulantes altiorem indaginem non admittuntur in via executiua, ib.

5 *Quod instrumentis probari potest, non debet hæres offerre se probaturum per testes.*
Præsumitur calumnia, & falsitas contra eum qui quod potest probare instrumentis, vult probare per testes, ib.

6 *Exceptiones discussionis inuentarij non probata solet prouideri à iudice, vt executio fiat in bonis hæreditarijs.*

7 *Secundus casus est, cùm hæres mauult se opponere tanquam actor, & tunc suspendenda est executio.*
Hoc casu datur curator hæreditati aditæ, cum quo agat hæres tanquam cum reo, ib.

8 *Vtilius est hæredi se opponere executioni factæ in bonis defuncti velut actorem, quam se opponere velut reum.*

DISPVTATIO XIII.

Vtrum executionem impediat hæres debitoris cum beneficio inuentarij, qui se opponit executioni, tanquam creditor?

1 EX resolutione præcedentis disputationis colligenda est huius resolutio, quæ à paucis tractata. Pro quo præsupponendum est, inter alia priuilegia, & beneficia, quæ consequitur hęres ex confectione inuentarij, illud esse præcipuum, & celeberrimum, vt actiones hæredis contra defunctum, quæ non confecto inuentario, per additionem hæreditatis confunderentur, & extinguerentur, quia actio, & passio non essent in eodem sub tecto compatibiles, neque possibile eundem sibi ipsi debere, *leg. debitori 7. Codic. de pactis & ibi glossa verbo, Confusa est*, quæ refert concordantes, *Baldus numero 2. & 3. Angelus numero 1. Salicetus numero 2. Fulgosius numero 1. Paulus numero 3. Alexand. numer. 2. & 4. Iason. numer. 1. & 4. Decius numero 1. & 4. & ex numero 15. Alciatus numer. 12. & ex numero 19. Sicardus in principio, & numero 1. cum sequentibus*, tamen confecto inuentario actiones non confunduntur, sed hæredi aduersus hæreditatem manet salua, ac si hæreditas adita non fuisset *l. cùm scimus, vltima, §. in computatione, versiculo, Si verò C. de iur. deliber.* notant omnes relati vbi supra, *et in dict. §. in computatione, Rolandus de inuentario. 4. part. §. decima vtilitas, in tract. Varijs de inuentario quæstion. 170. ex numero 1. Porcellinus, ibidem quæstione 5. numero 6. et 7. Manticulus quæstion. 132. ex numero 11. et quæst. 134. ex numer. 140. Phanucius quæstion. 242. ex numero 13. et quæstion. 244. ex numero 41. et num. 80. cum sequentibus, Crassus quæst. 264. Spino quæst. 273. numer. 42. versiculo, Secunda est vtilitas, quæ est glossa 35. specul. testamentorum, Valascus consultatio 52. numer. 43. Padilla in l. cùm secundum, ex num. 12. et ex num. 24. C. de fideicommiss. Thesaurus quæstion. forens. libr. 3. quæst. 44. Riccius collectan. 1462. Marescotus variar. resolution. libro 1. cap. 37. num. 1.* vbi an, & quo tempore defuncti hæres, & eiusdem creditor censendus sit sibi de suo credito satisfecisse. De iure Castell. est *l. 8. tit. 6. p. 6. vbi Gregorius gl. 3.* (Limitat tamen eam communem conclusionem *Mencheca de successorib. creat. lib. 1. §. 6. numero 46. versiculo Licèt autem*, Meritissimus Regens *Fabius Galeot. contr. 5. lib. 2. ex nu. 20.*)

2 Ponamus igitur, istum hæredem cum beneficio inuentarij conuentum esse via executiua a creditore defuncti, & quoniam ipsemet hæres contra defunctum haberet instrumentum guarentigium, cuius actionem reseruauit immunem à confessione beneficium inuentarij, vel se opponere executionis factę in bonis defūcti per aliū creditorem, quemadmodum posset quilibet creditor extraneus, quo casu, & fortè singulari dandus esset curator aditæ hæreditati, cum quo isti duo creditores possint prosequi iudicium aduersus hęreditatem, dubitatur hoc casu, an sit suspendenda via executiua.

3 Existimo, distinguendos esse duos casus, Primus est, si iste hæres cum beneficio inuentarij opponeret se executioni, non tanquam actor, sed tanquam reus, contendens, executionem locum non habere, quia facta in bonis hæredis proprijs, non hæreditarijs, & quia ipse vltra vires hæreditatis non teneatur, omniaque bona hæreditaria sint consumpta in soluendis creditoribus alijs primò venientibus, & sibi ipsi inter alios, ac per consequens se non posse molestari, iuxta *textum in dict. l. cùm scimus, §. & si præfatam, & §. sin verò creditores, C. de iur. deliber.* Hoc casu si hæres hæc, quæ allegaret, probaret, in continenti, ostenso inuentario solemni, & instrumentis solutionum alijs creditoribus factarum, absoluēdus esset ab executione, cum iuxta dicta supra *disputatione 9. numero 13.* hęres cum beneficio inuentarij non teneatur vltra vires hæreditatis.

4 Dixi, *incontinenti probaret quę allegat*, quoniam non satis est allegare exceptionē, nisi probet, vt dixi supra *disputation. 9. numer. 14.* Addidi, in continenti, quia causa executiua summaria est, habetque breues dilationes, intra quas exceptiones obiectę probari debet, quod si probari non possint, quia altiorem indaginem requirant, aut postulent longiores dilationes, quam sustineat via executiua, in ea admittendæ non sunt, *leg. in hac actione 3. §. ibidem ff. ad exhiben. l. si quis 11. & ibi Bartol. nu. 3. C. depositi, idem Bart. in l. 4. §. condemnatum numer. 2. et 3. Alexand. numero 4. & 5. Iason. numer. 5. & sequentibus ff. de re iudic. Antonius de Canario de executione instrumentorum, quæstion. 9. num. 14. Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. fin. 5. par. §. 11. num. 40.*

5 Dixi item, *oſtenſo inuentario, & inſtrumentis ſolutionum*, nam non debet offerre hæres ſe probaturum iſta per teſtes, quia aduerſus eum, qui vult teſtibus probare, quod poteſt probare inſtrumentis præſumitur calomnia, & falſitas, *Bellamera deciſ. 610. num. 1. Craueta conſ. 134. num. 30. et conſil. 178. num. 5. volum. 1. et conſ. 814. num. 6. et 7. volum. 5. Curtius Iunior. conſ. 64. num. 3. volum. 1. Menoch. conſil. 207. numer. 37. libr. 3. & de præſumpt. libr. 5. præſumpt. 20. num. 22. Thuſcus litera P. concluſione 772. nu. 2.*

6 Quod ſi non oſtenderit, omnia bona hæreditaria eſſe conſumpta, exceptio non proderit, quoniam interloqui ſolet iudex, *executio fiat in bonis hæreditarijs*, & ſic in bonis hereditarijs procedet, & peragetur executio, exceptione oppoſita non obſtante. Si verò in cauſam iudicati capta eſſent pignora, non contenta in inuentario ſolemniter facto, & hæredis propria relinquenda ſunt, & non procedetur ad eorum venditionem, niſi creditor probaret, alia bona hæreditaria eiuſdem, vel maioris valoris ab hærede fuiſſe in proprios vſus compſumpta. Hæc iuxta ius commune, & Regium Neapolitanum. De iure Caſtellæ omnes iſtæ probationes faciendæ ſunt intra decendium indultum litigantibus via executiua, de quo loquuti ſumus ſupra *hoc eodem tit. 3. diſput. 1. n. 19.* alioqui executio, & venditio bonorum perficietur.

Secundus caſus eſt, ſi hæres, qui poteſt vt reus ſe defen-
7 dere mallit aſſumere partes actoris, & opponere ſe executioni factæ in bonis defuncti, per alium creditorem, virtute actionis ſibi competentis, non confuſæ, ſed reſeruatæ ſibi beneficio inuentarij, quemadmodum poſſet ſe opponere, ſi viueret defunctus, & alter creditor aduerſus illum viam executiuam intentaſſet. Et dicendum eſt, ſi hæres cum beneficio inuentarij ſe opponat, vt creditor executioni factæ in bonis hæreditarijs per alium creditorem, dato curatore hæreditati, cum quo agatur, executionem eſſe ſuſpendendam, eodem prorſus modo, quo fieret, ſi viueret defunctus, & duo creditores agentes contra ipſum via executiua contenderent de prælatione. Probatur ex *textu in prædicta l. ſcimus, §. in computatione, verſicul. Si verò, aut §. ſi verò, Codic. de iure deliberandi*, cuius verba *ſunt: Si verò, et ipſe* (ſcilicet hæres) *contra defunctum aliquas habeat actiones non ea confundantur, ſed ſimilem cum alijs creditoribus, per omnia habeat fortunã, temporis tamen prærogatiua inter creditores, ſeruanda.* At alij creditores poſſent ſe opponere executionibus factis in bonis defuncti, & ſuſpendere viam executiuam, vt dictum eſt *diſputat. præcedenti*. Ergo id ſimiliter poteſt facere hæres, qui ex beneficio inuẽtarii fungitur vice duarum perſonarum, debitoris nempe, & creditoris. Hæc reſolutio colligitur ex traditis à *Mareſcoto variar. reſolut. lib. 1. cap. 37. et lib. 2. cap. 121. num. 25. et 26. Surdo deciſ. 92. num. 7. et conſ. 7. ex num. 31. libr. 1. Phanucio de inuentario, parte 5. num. 19.* vbi multos refert, quamuis eam non clarè amplectuntur.

8 Ex prædictis infertur, multò vtilius eſſe hæredi, opponere ſe executioni iſto ſecundo modo, tanquam actorem, quàm primo modo, tanquam reum: nam ſi opponat ſe primo modo, non faciet ceſſare viam executiuam, imò verò arctabit ſe termino ſummario viæ executiuæ, intra quem ſi non probauerit exceptiones allegatas ſuccumbet. At ſi ſe opponat tanquam actor, faciet ſuſpendere viam executiuam, & habebit latiorem dilationem, qua poſſit probare ſibi incumbentia, iuxta propoſitam actionem. Id tamen ita ſeruari poterit, dum abſit omnis calũnia, & non recedatur à limitationibus traditis *præcedenti diſputatione*.

SVMMA DISPVTATIONIS
Decimaquarta.

1 *Fas eſt creditor volenti ſuum recuperare agere executiuè coram diuerſis iudicibus, & diuerſis proceſſibus.*
In executiuis non datur inſtantia, neque inuenitur litis pendentia, ib.
2 *Creditor qui cum poſſet agere via executiua aduerſus ſuum debitorem elegit agere via ordinaria, non poteſt recedere à via ordinaria cœpta, & ingredi executiuam.*
3 *Quod ſolemniter incboatur, ſolemniter eſt per ſententiam finiendum.*
4 *Qui habet duas vias, et vnam eligit, illi ſibi patere debet.*
5 *Contrariam ſententiam, quia amplectantur.*
6 *Non poteſt actor inuito reo à cauſa deſiſtere.*
7 *Cùm reus præuenit actorem contendens, competere ſibi exceptionem aduerſus executionem quam timet, non poteſt impedire viam executiuam.*
Non poteſt alteri per alterum iniqua conditio inferri, ibidem.
8 *Reo contendente coram Eccleſiaſtico iudice, contractum eſſe vſurarium, non poteſt impediri executio eiuſdem contractus facta coram ſæculari.*
9 *Contraria quorundam ſententia reijcienda eſt.*
10 *Reo, qui per præuentionem agit opponente exceptionem, quæ oriatur ex inſtrumento exequibili, executio impeditur.*
11 *Iure Neapolitano debitor vtens præuentione impedit executionem.*
12 *Præuentio tamen debet fieri ſolemniter, ſeruata forma* prag. vnicæ de præuentione moderandæ.
13 *Cautio requiſita in præuentione præſtanda eſt pro forma, etiam ſi à creditore non petatur.*
14 *Contraria ſententia reijcitur.*
Cùm lex requirit aliquid pro forma, etiam ſi à parte non petatur, adhiberi debet, ib.
15 *Si renunciatur præuentioni tempore contractus, præuentio non iuuat.*
16 *Etiam ſi impetreretur abſolutio iuramenti.*
Abſolutio à iuramento non tollit validitatem contractus iurati, ib.
17 *Præuentio facta tempore, quo venit, et ceſſit dies ſolutionis, non operatur ſuſpenſionem executionis.*
18 *Præuentio facta eo die, quo petitur executio, non impedit executionem.*
19 *Præuentio vt habeat effectum debet fieri in Magna Curia Vicariæ.*
20 Rouitus 190. *eſt abrogatus, et non eſt in vſu.*
21 *Præuentio an ſolùm in prima inſtantia ſuſpendat liquidationem inſtrumenti, et quomodo ſit intelligendum.*

DISPVTATIO XIV.

Vtrum executionem impediat exceptio litis pendentiæ in via ordinaria.

1 SVpra *titul. 2. diſputation. 2. numero 16.* dixi, fas eſſe creditori volenti ſuum recuperare, agere aduerſus debitorem apud diuerſos iudices, & per diuerſos proceſſus executiuos adhibitiſque diuerſis remedijs, quo ſibi debitum conſequatur. In qua rem congeſſi plutimos Doctores, eſt enim ea doctrina com-

communis,& ab omnibus ferè approbata,ex qua consequens est,vt non obstet viæ executiuæ exceptio litis pendentis executiuæ,cum duæ viæ executiuę sint compatibiles,(notat Salgado de Regia protectione parte 4.capite 7.numero 171.)Quod ex eo etiam comprobatur,quod in caussis executiuis, in quibus non agitur actione in factum, sed imploratur officium iudicis,& agitur summariè,non datur instantia,Canarius de executione instrumentorum,quęstione 33.numer.71.Afflictis decisione 346.ex numer.1.& numero 12. Surdus consilio 542. ex numero 11. Marta de iurisdictione 4.parte casu 177. numero 8. cum sequentibus, & per consequens non datur in executiuis propriè litis pendentia,Gratianus disceptatione forens. tomo 1.capite 118. numer.44. Dubium igitur præsens est, an cùm agitur via ordinaria siue per creditorem, siue per debitorem,si velit creditor postea agere via executiua,obstet ei exceptio litis pendentiæ, & sic cogendus sit à via executiua recedere.

2 In qua difficultate duo diuersi casus distinguendi sunt. Primus est, quando idem creditor, qui elegit agere contra suum debitorem via ordinaria,cùm posset agere executiua, pœnitentia ductus vult relicta via ordinaria regredi ad viam executiuam. In quo dicendum est,non posse creditorem, qui viam ordinariam elegit,vt ageret contra debitorem relicta via ordinaria cœpta redire ad viam executiuam, & si id faciat, posse debitorem iure obijcere, illi exceptionem litis pendentiæ in via ordinaria,qua impediet viam executiuam. Ita sentiunt Rodericus Suarez in leg. post rem,notabili 3. numer. 2. & ad eum locum Valdes ff.de re iudicat. Maranta in prax. 6.par.tit.de instrumentorum productione,seu actu 8.num.31. & post praxim,disputat.6.num.24.Marcus Salon de Paz consil.39.num.7.qui plurimos allegat, Auiles in capit. 10. Prætorum verb.Execucion,numer.27.Menesius in leg.si quis maior.41.num.71.C.de transact.Parladorius rerum quotid.lib.2.capit.fin.5.par.§.11.num.20.Caualcanus decis.1.num.16.1.par.Rota Romana diuersorum,decis.790.num.1.4.parte, Monterus decision.22.Mastrillus decis.157. Giurba decision. 74.num.11.& decis.100.num.52.& 53. Azeuedus in leg.2.num.144.vbi varijs modis limitat,& in l.5.nu.3.tit.21.lib.4.Recopilat.Gutierez libr.3.practic.quæst.39.numer.5.qui tamen statuit septem limitationes. Molina in annotationibus ad suos libros de primogenijs, numero 16.Gonzalez in regulam 8.Cancellariæ, gloss. 6. ex numero 191.Cæsar de Grassis decisio.191.numer.2.alioqui 2.de sentent.excommunicationis,Riccius decis.179.ex numer.5. 2.part.Valenzuela consil.49.ex num.11.& propriè num.15.& 16.Auendanus in l.45.Tauri,glossa 7.num.8.Gregorius Lopez in l.19.tit.22.part.3.gloss.18. Sesse de inhibitionibus, capit.2.§.3.numer.47.Grassis de exceptionibus,in præludio, numer. 64.Marescotus variar.resolut.lib.1.cap.38.ex num.4. Farinac.decisio.366.num.3.in criminalibus, Scaccia de iudicijs,Libro 1.capit.62.num.3. & cap.76.num.9.& de appellationibus,quæst.17.limit.9.numer. 45.vbi dicit, ita tenere communiter omnes,Cancer variar.resolut.par.1.capit.17.ex num.34.& 35. Anton.Massa Gallesius ad formulam cameral.obligat.ad tertiam particulam,quæstion.2.aliàs quæstion. 11.ex numer.4.Marta de iurisdiction.4.par.centur. 2.quæst.177.ex num.1.Freza de præsentatione instrumentor.part. 9.quæst.9.per totam,& numer.20.idem Riccius collectan. 152.(Salgado de Regia protect. part. 4. dict. capitul. 7. numero 172.) Colerus de processibus executiuis, 3.part.capitul.5.ex numero 34.qui latè probat, & optimè tractat. Facit pro hac parte quod tradit Negusantius de pignor. 4.part.numer.25.probatur primò ex textu in Auth.qui semel,Codic.quomod. et quando iudex,et capitul. causam 3. de dolo, et contumacia, vbi qui litem inchoauit,tenetur eam terminare, & non potest ab ea desistere inuito collitigante ne sit in potestate creditoris iudicium semel cęptum illudere,id enim ei permitti non debet.l.si quis rem 30.ff.de recept.arbitr.l.si Prætor. iusserit 75. ibi: Alioquin lusoria erunt huiusmodi dicta,et decreta Prætorum, ff.de iudicijs.& non debet calcari iudicis authoritas, aut processus, vt ait Baldus in leg.qui crimen 3.numer.14.C. de ijs, qui accus. non poss.

3 Secundò, quia quod solemniter inchoatur, solemniter est per sententiam finiendum,vt docuit glossa celebris in l.proinde 25.§.notandum, verb.Æstimanda in fin.ff.ad leg.Aquil.quam notat,& prosequitur Franciscus Curt.in additione ad Alexandrum in l.vinum 22.nu.22.ad verbum.Fallit,ff.si certum petat. Ergo via ordinaria semel inchoata, per sententiam ordinariam est finienda.

4 Tertio, quoniam qui habet duas vias, & ex illis vnam eligit, illa sibi patere debet,etenim alter videtur renunciare,l.si mulier 21.§.vltimo in fine,ff.quod metus causa,leg.si creditores hæreditarij 5. ibi: Sed et, quod semel postulauerunt, stare debent, ff. de separationibus, leg.cuius bonis 9.ff.de curationibus furioso,& alijs. Faciunt tradita ab Antonio Gabriele lib.2.comm.tit.de actionibus,concl.2.præsertim nu.10.Ergo,qui cum posset agere via executiua,elegit ordinariam,executiuæ videtur renunciasse, & procedere debet ordinaria,quam sibi patere voluit,non regredi ad executiuam,quam sibi occlusit.

5 Contrariam sententiam,quinimò etiam si creditor elegerit agere contra suum debitorem via ordinaria, & cęperit illa agere,posse illum regredi ad executiuam,si tamen reo reficiat expensas litis ordinarię,& illi agenti via executiua non obstare exceptionem litis pendētię,tuentur Paz in prax.1.tomo 4.par.cap.2.num.2.et cap.3.numer.31. Rebuffus tomo 1. in Constit. Regi.tractat. de literis obligatorijs, articul.6.glos.3.numer.7. Parladorius, sibi non constans, dict.cap.fin.1.par.§.4.num.4.vbi tamen agens de confessione rei post datum libellum,& iudicium cęptum via ordinaria ait, posse executioni mandari, Felicianus de censibus tomo 1. libr.3.capit.2.numer.9.Gutierez libro 3.practicarum quæst.39.inter limitationes, num. 7.Rodriguez de executione,cap.6.numer.2.versic.In posteriori verò, Paz de tenuta, capitul.22. ex numer. 6. Volano in Curia Philippica, 2.part.§.1.ex numer.2 Villadiego in Politica capit.2.numer.26.

6 Nihilominus non est recedendum à prędicta resolutione: si enim hæc posterior sententia vera esset,sequeretur inde, posse quemcunque litigatorem, qui cœpit agere refectis reo expensis a lite desistere, & inuito reo, postquam ipse in iudicio comparuit,renunciare instantiæ,nō enim excogitabilis ratio disparitatis. At inuito reo actorem non posse à causa desistere, probant textus in l.vbi acceptum 31.ff.de iudicijs,et in dict.Auth. qui semel, Codic.quomodo, et quando iudex, et docent Abbas Panormitanus in cap.ex tenore 16.de rescript.numer.2.Antonius de Butrio numer. 2.Felinus numer.1.Decius num. 1.et 6.Iason.in lege nulli 10.numer.1.et Cod.de iudicijs,et clarius in l.post quam litis 4.numer. 9.C. de pact.Alexand.ibidem numer.3.Paulus num.1.Sicardus numer. 26.et 27.Neque obstant,quæ pro posteriori sententia considerant, Paz.Felicianus, et Rodriguez, nam illis omnibus satisfacit latè,& bene Colerus vbi supra.

7 Secundus casus est,cùm reus timens,ne conuentio à suo creditore via executiua, præuenit creditorem agens via ordinaria, & contendens sibi competere exceptionem

nem aliquam aduersus instrumentum executiuum, vel sententiam obtinentem vim rei iudicatæ, petit, sic declarari à iudice, quod facere potest, *leg. si contendat 29. et ibi gloss. & Doctores, ff. de fideiussor. Anton. Gomez tom. 3. variarum capite 1. numer. 20. Paz in praxim. tomo 3. capite 9. §. 2. Auendanus in leg. 4. & 5. titulo, De las excepciones, numer. 50. in fine, versiculo, Et nota, Cartarius decis. 20. ex numer. 1.* In hoc casu dicendum est, non impediri viam executiuam postea intentatam à creditore: sed esse prosequendam contra debitorem, exceptione litis pendentiæ non obstãte. Ita sentiũt *Baldus cons. 261. primo quæritur, ex numer. 1. volumin. 1. Angelus in lege 4. §. condemnatum, numer. 4. ff. de re iudicat. Afflictis decis. 30. & decis. 31. Molina in annotationibus ad suos libros, de primogenijs, n. 16. versic. Quibus adijcitur, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 51. numer. 90. in principio, Azeuedus in l. 1. numer. 142. & 143. titul. 21. libro 4. Recopil. Parladorius libr. 2. rer. quotidianar. cap. fin. 5. par. §. 13. ex num. 22. Giurba decis. 100. ex num. 3. Cartarius decis. 2. ex num 3. & decis. 113. Cancer. Variar. resolut. 2. par. cap. 3. ex numer. 19. Graffis de exceptionib. in præludio ex numer. 56.* Probatur, quoniam non debet esse in potestate debitoris fraudare creditorem, aufertque illi viam executiuam quæsitam ex instrumento sui contractus, interueniente eiusdem debitoris consensu & voluntate, hanc enim fraudem iura non permittunt, *l. nec in potestate 31. l. si quis rem 35. ff. de recept. arbitr. cap. vltimo de rescriptis.* Neque debet alteri, per alterum iniqua conditio inferri, *lego non debet 74. ff. de reg. iur. Barbosa axiomate 22.* præsertim contra fidem contractus, aut authoritatem sententiæ.

8 Amplia prædictam resolutionem, vt etiam si lis ordinaria à debitore suscitata pendeat coram alio iudice, vt si reus coram Ecclesiastico iudice prætenderet, contractum esse vsurarium, nihilominus non sit suspendenda, aut retardanda via executiua mota à creditore coram sæculari, ob exceptionem litis pendentiæ coram Ecclesiastico. Ita, sentit *Angelus in dicto §. condemnatum, numer. 4. Ripa numer. 29. Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re iudicat. in declaratione legis Regni, quæst. 5. num. 25. Afflictis d. decis. 30. Parladorius vbi supra num. 23. Auendanus in l. 4. & 5. tit. De las exceptiones, numer. 31. versic. Quarto fallit, in fin. Barzius de guarentigia, 3. part. quæst. 22. Canarius de executione instrumentorum, q. 52. num. 91. Rebuffus tom. 1. in constit. Regi, tract. de literis obligatorijs, art. 2. gloss. vnic. num. 20. Mascardus de probationibus vol. 2. conclus. 687. exceptio nullitatis, num. 13. Giurba d. dec. 100. nu. 7. Gratianus discept. forens. vol. 1. c. 118. num. 43. Graffis de exceptionib. in præludio, num. 60. Rodriguez de executione, c. 6. nu. 21.* Quæ ampliatio probatur eadem ratione, qua superior resolutio.

9 Ex quo venit reijcienda eorum sententia, qui contra hanc ampliationem crediderunt, obiecta à debitore exceptione litis pendentiæ coram Ecclesiastico super iniustitia contractus, contendente illo esse vsurarium, & illicitum, supersedendum esse coram laico processum executiuum factum virtute instrumenti à creditore. Inter quos sunt *Franc. Marcus dec. 44. n. 4. 1. par. Vrsinus dec. 304. num. 1. Mastrillus dec. 157. ex num. 6. & in specie nu. 41. Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. p. c. 2. ex num. 11.* nituntur enim falsis fundamentis, & inualidis.

10 Limita tamen primò huius casus resolutionem, si exceptio, quam opponit debitor coram iudice, antequam contra eum petatur executio, contineatur in ipso instrumento exequendo, vel constet ex illo: nam eo casu non poterit creditor petere postea executionem eiusdem instrumenti, sed supersedendum erit in exequendo. Ita sentit *Canarius de executione instrument. quæst. 51. numer. 90. in fin. Cartarius decisio. 20. ex numer. 14.* Ratio est, quia cùm exceptio contineatur in instrumento, vel ex eo constat, non minus est guarentigiata exceptio, quàm actio, nec minus meretur executionem, vt docuit *Baldus in leg. ex ijs prædijs 5. numer. 1. Cod. de euiction. argumento leg. eum, qui ita 56. §. qui ita, et 1. ff. de verb. obligat. Antonius de Canario de execut. instrument. quæstio. 26. numer. 56. 57. & 58. Seraphinus de priuileg. iurament. priuileg. 77. numer. 31. versicul. Decimoquinto, & vltimo, Cartarius decisio. 20. num. 15. Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. final. 5. part. §. 11. numer. 26. & 27.* Ergo quemadmodum instrumentum executioni mandatur pro actore contra reum, ità debet mandari pro reo contra actorem. Ac proinde quando potest iudicium debitoris creditor vult, instrumentum executioni mandari contra ipsum, non erit locus executioni.

11 Limita secundo, attento iure Neapolitano, iuxta quod debitor veritus, ne creditor vtatur contra ipsum via executiua virtute instrumenti, potest illum præuenire, allegans, contractum instrumento contentum esse vsurarium, vel nullum, aut rescindendum ob illatam vim, vel metum, vel ob enormem læsionem, aut se satisfecisse. Qua præuentione facta non poterit creditor postea procedere via executiua contra debitorem, nisi finito primum iudicio præuentionis. Ita statuitur *in Ritu 168. Ritu 189. Ritu 190.* & notat *Carauita in dict. Ritu 168. ante numerum 1. versiculo, Secundo nota, & ad Ritum 166. in principio ad Ritum 189. ex numer. 1. & ad Ritum 190. per totum. Anibal Troisius ad eosdem Ritus, & Franciscus Scaglionus ad Ritum 166. ex numer. 59. Muscatellus in prax. lib. 2. part. 1. glossa in forma, ex numer. 78. & in practica fideiussoria, 3. part. quæst. 8. ex numer. 5. Franciscus Antonius de Iudice, Roberto de liquidationibus instrumentorum, consideratione 4. ex num. 58. Bernardinus Pandus de præsentatione, & executione instrumentorum, 4. par. declaratione 19. ex numer. 110.* Eruditissimus amicus noster *Aloisius Riccius collectanea 460. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. 2. principalis, rubr. 2. num. 2.*

12 Sublimitata primò dictam secundam limitationem, vt nisi præuentio fiat solemniter præstita fideiussione de soluendo debitum, & pœnam decem vnciarum, in casu succumbentiæ in causa præuentionis, non possit ipsa præuentio impedire viam executiuam creditoris, neque vllum habitura sit effectum. Ita statuitur *in pragmatica Malitijs litigantium, vnica, de præuentione moderanda,* vbi notat *Rouitus ex numer. 1. Afflictis decis. 137. Maranta cons. 31. Muscatellus vbi supra, Riccius d. collect. 460. Vrsinus dec. 204. ex num. 1. Carauita ad Ritum 189. ex num. 4. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. principalis, Rubrica 2. nu. 10. Nouarius ad pragmaticas Regni Neapolitani collectanea 193. in principio.*

13 Amplia sublimitationem, vt ista fideiussio requiratur pro forma præuentionis, & sit præstanda, etiam si à creditore non petatur hanc ampliationem probant verba prædictæ pragmaticæ vnicæ, vbi verbum, *Nisi,* quod importat conditionem arguit, fideiussionem requiri pro forma, vt pluribus prosequitur *Carauita in pragmatic. §. ad S.C. Macedonianum, §. 10. ex numer. 4.* vbi multos allegat, & sentiunt *idem Carauita in d. Ritu 189. numer. 6. & 7. Maranta cons. 31. Freza de præsentatione instrumentorum, parte 9. quæst. 3. ex numer. 12. Franciscus Antonius de Iud. Roberto de liquidationibus instrumentorum, dicta consideratione 4. nu. 59. Galterius in pragmatica instrumentaria, 3. par.*

par. 2. principalis, Rubric. 2. ex num. 13. Rovitus in dict. pragmat. vnic. nu. 4. de præuent. moder. in simili tradit Surdus dec. 57. num. 4. ex vers. Magis tamen.

14 Quare improbanda est eorum sententia, qui crediderunt, prædictam fideiussionem non debere præstari, nisi petatur, inter quos sunt Troisius in d. pragmatica vnica, nu. 4. de præuent. moder. Bernardinus Pandus de præsentation. instrument. 4. part. numer. 118. & in simili Gurba decis. 103. numer. 13. Quamuis enim verissimum sit id, quod nos etiam probauimus priore tom. titul. 1. disput. 2. quæst. 7. sect. 1. numer. 797. cum multis allegatis, & tradit Franchis decis. 487. num. 9. post multos, requiri petitionem, vt effectum habeat, quod lex fieri præcipit, id tamen locum nō habet, quoties lex requirit aliquid pro forma; tunc enim ille, qui ex actu se iuuare vult, debet legis formam obseruare, etiam si pars aduersa nihil petat; alioqui non consequuturus legis beneficium ex actu inualido, & nullo.

15 Secundo sublimita dictam secundam limitationem, si fuerit renunciatum præuentioni tempore contractus: nam tunc præuentio subsequuta non operabitur. Ita Carauita ad Ritum 168. num. 1. Preza de præsentatione instrument. 9. par. quæst. 1. ex num. 35. Franch. decis. 670. numer. 3. Vrsill. ad Afflict. decis. 387. num. 2. Galter. in practica instrumentaria, 3. par. 2. princ. Rubric. 2. nu. 26. Nauar. ad pragmat. Regn. Neapolit. collect. 193. nu. 2. in fin. Et ex eo probatur, quod quilibet potest iuri in fauorem suum introducto renunciare, l. si quis in conscribendo 29. C. de pact.

16 Amplia istam secundam sublimitationem, vt procedat, etiam si impetretur absolutio, seu relaxatio iuramenti adhibiti in contractu, in quo fuerit dicta renuntiatio præuentionis: nam nihilominus renuntiatio suas vires non amittit, & prodest creditori ad petendam executionem ex instrumento, præuentione non obstante. Ita sensit, & decisum refert Franchis decis. 670. ad eam notat Riccius, & collectan. 152. & 460. Antonius Gagliardus tractat. de absolutione à iuramento, §. 3. ex numer. 38. ad 46. Carraba singulari 86. Galterus vbi supra numer. 27. & 28. Nauarrus in dict. collectanea 193. numer. 3. Ratio est, quia adhuc impetrata absolutione à iuramento adhibito in contractu, per iuramentum confirmato, contractus ipse suas vires non amittit, neque pacta illi adiacentia, sed ex illo manet creditori ius integrū. Absolutio enim, seu relaxatio iuramenti solum operatur, vt possit absque periurio agere, qui iuramento fuerat obstrictus ad non agendum, quoniam iuramenti absolutio solum impetratur ad effectum agendi. Explicat optimè Gagliardus vbi supr. Thesaurus dec. 165. nu. 9. dixi priore tom. tit. 1. disp. 2. quæst. 4. num. 210. in fin. & num. 213.

17 Sublimita tertio, si præuentio fiat eo tempore, quo venerit, & cesserit dies solutionis obligationis habentis paratam executionem, nam tunc tarda ista præuentio non operatur, neque impeditur per eam obligationis executio. Ita statuitur in pragmatica 47. capite 1. de offic. magistri iustitiarij, quæ in nouissima compilatione est pragmatic. 1. §. 3. ibi Audiuimus, notant Muscatellus in prax. libro 2. par. 3. gloss. in forma, numero 78. Constantinus Papa, apud Carauitam ad Ritum 186. in additione.

18 Sublimita quarto, vt præuentio non habeat effectum impediendi executionem, si eadem die, qua petita fit executio, facta fuerit præuentio: hoc enim casu via executiua non impeditur. Hæc sublimitatio, præter quam quod est consequens ex precedenti, statuitur in Ritu 186. vbi notat Carauita ante num. 1. & numeris sequentibus, præsertim num. 6. in fin. Afflictis decision. 387. Franciscus Antonius de D. Thoma Carlevaly de Iudicijs. Tom. II.

liquidationibus instrumentor. consideratione 4. num. 58. Bernardinus Pandus de præsentat. & execut. instrumentor. 4. par. declaratione 19. num. 120. Muscatellus dict. glossa in forma, nu. 86. cum sequentibus, Galterius in praxi instrumentorum, 3. par. 2. princip. Rubrica 2. num. 4.

19 Sublimita quinto, vt præuentio debeat fieri in Magna Curia Vicariæ, ad hoc vt per illam possit impediri liquidatio instrumēti, & eius executio. Nam si facta fuerit in alijs Curijs, nullius erit roboris, & momenti, & non impediet liquidationem, excepto vno casu, videlicet, si Clericus creditor, quo casu poterit à debitore fieri præuentio in Curia Ecclesiastica, & valebit ad impediendam liquidationem. Ita statuitur in Ritu 190. & ibi notat Carauita in principio, & Maranta consilio 31. numer. 6. Qui Ritus fortassis ortum habuit ex consuetudine Regni Franciæ, quam commemorat idem Carauita nu. 1. & Gulielmus Benedictus in repetit. capitul. Raynutius verb. Et vxorem nomine Adelasiam decisione 2. numero 126. de testamētis, vt videlicet quoties agitur de reicindendo, aut cancellando instrumento facto à Notario publico, aut Regio, debeat agi coram iudice Regio. Animaduerti autem oportet, circa prædictum Ritum 190. si Clericus faciat præuentionē in Curia sæculari, ibi præstaturum cautionem, vt notat Minadous decis. 4. & Nouarius ad pragmatic. Reg. collectan. 193. num. 4.

20 Sed hunc Ritum de generali consuetudine huius Regni non seruari, testatur Carauita dicto numero 1. & correctum esse autumat per pragmat. 1. de præuentione moderanda, quę præuentionē permittere videtur coram quocunque iudice, idem de non vsu contestatur Ioannes Franciscus Scaglionus, ad Ritum 166. numero 59. Ego existimo, prædictum Ritum 190. ortum habuisse ex Ritu 54. in quo dicitur, fuisse præeminentiam Magn. Cur. Vicar. vt cognosceret, liquidationibus instrumentorum, de qua nullam aliam Curiam potuisse cognoscere vt notat Carauita ad prædictum Ritum 54. numer. 1. Tapia ad Ritum 166. glossa 1. ad verbum, Item quòd si debitores, versicul. Adde, quòd præsentatio, & ad verbum dictis Curijs, numero 6. libro 3. Iur. Neapolitan. Rubric. 45. cùm autem decens non esset, vt impediretur quis agere super liquidatione Mag. Cur. superius Tribunal, ob præuentionem factam in Curijs inferioribus, statutū est, vt præuentio, quę Magnam Curiam impeditura erat, nè procederet ad liquidationem, fieret in ipsa eadem Mag. Curia. Sed nunc cùm ille Ritus 54. aut ob priuilegia Baronibus indulata, quibus communicata sunt priuilegia Magn. Cur. Vic. vt notat Tapia vbi sup. aut ob vsum contrariū introductum, sit abrogatus, prædictus quoque Ritus 190. qui ex illo originem duxit, non seruatur, sed præuentiones fiunt in omni Curia differenter, quemadmodum in omni Curia fiunt liquidationes.

21 Sublimita sexto, vt exceptio præuentionis suspendat liquidationem instrumenti, donec durauerit prima instantia præuentionis: at pro lata sententia in causa præuentionis, si ab ea appelletur, & causa introducatur in Tribunal superius, pendente appellatione non sit amplius supersedendum in liquidatione, sed instrumentum vires reassumat non vlterius impeditum, & possit appellatione in causa præuentionis nō obstāte, liquidari. Hanc sublimitationem tradit Muscatellus in practica fideiussoria, 2. par. quæstio. 8. num. 29. & 30. quem sequitur Galterius in practica instrumentaria, 3. part. 2. principal. Rub. 2. numero 24. Rationem reddunt, quia suspensio viæ executiuæ, & liquidationis fundabatur in illa fideiussione de soluendo debitum, & pœnam, iuxta pragmatic. vnicam, de

N præuent.

praueniat.moder.prędicta autem fideiussio manet vacuata, & extincta per appellationem à sententia lata in iudicio præuentionis. Etenim fideiussio illa non durat pro secunda instantia, *l. cùm apud Sempronium* 20 *ff. iudicatum solui*, quo fiet, vt liquidationem impedire non possit. Verùm de hac sublimitatione maturius cogitandum est; nam cum regulariter fideiussiones primæ instantiæ, iam ita soleant accipi, vt durent etiam pro secunda instantia, vt notatur in *textu ipso in d.l. cùm apud in fin.* & notarij, aut actuarij hisce temporibus ob magnas litigantium calumnias, & subterfugia redditi sint cautiores, si ita acciperetur fideiussio, cessaret fundamentum Muscatelli.

SVMMA DISPVTATIONIS Decimaquinta.

1 *Pro quantitate illiquida non proceditur ad executionem.*
2 *Creditor potest petere executionem pro liquido, etiam si coniungatur cum illiquido, suspensa executione illiquidi.*
3 *Non impeditur executio liquidi, etiam si debitor faciat depositum liquidi, & præstet cautionem pro illiquido.*
4 *Cùm ex illiquido tota summa, in qua continetur liquidum, redditur illiquida, impeditur executio.*

DISPVTATIO XV.

Vtrum executio liquidi retardetur ex illiquido?

1 Certum est, non posse pro quantitate debita, quæ illiquida est procedi ad effectualem executionem, & venditionem bonorum debitoris, vt constat ex dictis supra *hoc eodem titulo, disputatione 3. numero 40.41. & 42.* & probat apertè *textus in lege si residuum 5. in fin. Codic. de distratione pignor. & ibi glossa vltima*, vbi venditio bonorum pro illiquida quantitate, quam debitor obtulerat, quando fuisset liquida, dicitur improba, & nullũ ius auferre debitori *l. 3. & 4. C. de sentent. quæ sine certa quant. profer.* notat *Giurba decisione 60. num. 1. & 2.* qui allegat plurimos. Dubitamus tamen, quando debitor est obligatus ad soluendam aliquam quantitatem liquidam, simul cum alia illiquida, vt si se obligasset soluere centum ducatos cum interesse, quod liquidũ non est, aut ageret creditor ad quantitatem liquidam sibi debitam, & obijciatur exceptio compensationis quantitatis illiquidæ, aut similis, an possit creditor petere executionem, & illam perficere pro quantitate liquida, non obstante illiquida quantitate simul debita, aut exceptione illiquida, antequam fiat liquidatio integra.

2 Sit conclusio, eum in obligatione debitoris continetur aliquid liquidum, simul cum illiquido, aut cùm creditum est liquidum, & exceptiones obiectæ illiquidæ, & multis ambagibus innodatæ, & quæ non possint in continenti liquidari: scilicet in termino summario viæ executiuæ, creditor poterit petere, & prosequi vsque ad finem executionem pro liquido, neque illiquiditas alterius partis debiti, vel exceptionis obiectæ retardabit executionem liquidi. Ita sentiunt *Cynus in leg. per hanc. num. 8. C. de temporib. & reparat. appellat. Baldus cons. 15 2. ad euidentiam, num. 2. in fin. vol. 3. Surd. decis. 184. num. 4. Bellonus decisio. 191. num. 6. Sesse decis. 88. num. 4. Antonius Faber libro 8. Codicis tit. 8. diffinitione 12. Intriglio lus decis. 10. num 12. lib. 2. singulari 50. numer. 5. Menochius de adipisc. possess. remed. 4. nu. 596. versiculo Declaratur, Carauit. ad Ritum 167. ex num. 28. Ioann. Vincent. de Anna allegatione 136. numer. 3. & 4. Coler. de processibus executiuis, part. 3. cap. 1. numero 46. Escobar de Ratiocinijs, cap. 21. num. 1. & 2. & cap. 31. nu. 7. Giurba decis. 15. numer. 1. versic. Tùm quia, & decis. 61. nu. 3. Thesaur. quæst. forens. lib. 2. quæst. 96. num. 12. Scraderus de feudis. tom. 1. 9. par. princip. 2. par. sect. 11. num. 65. Muscatel. in prax. lib. 1. par. 3. glos. actorem, nu. 15.* Probatur apertè ex *textu in l. quidam existimauerunt 21. ff. si certum petat, & in l. statu liber rationem 5. in principio ff. de statu liber. leg. si residuum 5. C. de distract. pignor. l. vltima, C. de compensation.* Et istis locis notant Scribentes, qui consilium dant debitori, vt soluat liquidum, & offerat illiquidum, vel cautionem pro eo, vt sic euitet molestiam executionis. Ratio autem est, quia cùm duæ causæ sunt separatæ, vna nõ impedit aliam, vt sic illiquidum, quod distinctum est à liquido, nulla ratione potest impedire, quin liquidum suam executionem habeat.

3 Ampliа prædictam conclusionem, vt non impediatur executio liquidi etiam si debitor faciat depositum quãtitatis liquidæ, donec illiquidum liquidetur, aut etiam si offerat, & præstet fideiussionem pro toto debito. Ita docet *Bart. in l. tem liber tur 6. §. 1. num. 3. ff. quibus mod. pign. vel hypot. solu. Iason. in l. fancimus 13. num. 13. & 14. C. de iudicijs, & consil. 16. numer. 2. 3. & 4. volum. 2. Surdus decisione 184. num. 5. Sesse decis. 88. num. 4.* Ratio est, quia executio liquidi non impeditur, nisi solutione, per quam obligatio tollitur, *principio instit. quibus mod. toll. obligatio.* Depositum autem, & fideiussio non sunt solutio, vt rectè expendit *Iason vbi supra*.

4 Limita tamen eandem conclusionem, si ita coniungatur illiquidum cum liquido, vt ratione partis illiquidæ tota summa reddatur illiquida, nam tunc impeditur executio liquidi, donec illiquidum liquidetur. Hanc limitationem tradit *Milanensis decisione 1. num. 27. & 28. lib. 2. Intriglio lus lib. 2. singulari 50. num. 6. & probatur ex textu in l. pecuniam, quam 36. vbi Doctores, ff. si cert. petat. & in l. si seruus 14. §. bone fur repto ff. de condict. furtiua,* & probatur item hæc sublimitatio ex ijs, quæ diximus supra *hoc tit. disput. 7. ex num. 8. & num. 24. & 25.*

SVMMA DISPVTATIONIS. Decimasexta.

1 *Nullitas potest opponi contra sententiam, aut per modum exceptionis aut per viam actionis.*
2 *Cùm nullitas opponitur tanquam exceptio, & constat ex actis, aut potest in continenti probari, impedit executionem, aut requirit altiorem indaginem, & eam non impedit.*
3 *Quòd nullitas requirens altiorem indaginem impediat executionem, limitatur diuersis modis, remissiuè.*
4 *Nullitas quando dicatur constare in continenti.*
5 *De iure Castellæ dicitur nullitas probari in continenti, quando vel constat e x actis, aut probatur intra decendium.*
6 *De iure Neapolitano, vt nullitas impediat executionem, debet constare ex actis, sine vlla extrinseca probatione.*
7 *Notatur error Rouiti.*
Ratio decidendi ad pragmat. 5. §. quæ in præsenti, de officio S.R.C. *ab.*
8 *Terminus decem annorum præfixus de iure Neapolitano ad proponendam nullitatem per viam actionis, non comprehendit casum, quo proponitur nullitas per viam exceptionis.*

Qua

Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, ib.

9 *Exceptiones, quæ simul possunt proponi per viam actionis, non sunt perpetuæ, sed temporales.*

10 *Quando remedium potest proponi etiam per viam actionis, potest iure imputari ei, cui competit, cur non egerit.*

11 *Nullitas potest proponi per viam actionis, & per viam exceptionis, & sic videtur esse temporalis proposita per viam exceptionis.*

12 *Omnis reus, qui habet exceptionem potest ea uti per viam actionis.*

13 Textus in leg. nam posteà, §. si minor, ff. de iur. iurand. *explicatur.*

14 *Multi dicunt, prædictum textum non loqui de exceptione, sed de replicatione.*

15 *Exceptio postquam nata est, est perpetua, tamen eius nativitas potest impediri statuto tempore.*

16 *Exceptio aliquando identificatur cum actione, & tunc exceptio est temporalis, sicut actio: aliquando differunt, & tunc quamuis actio sit temporalis, exceptio est perpetua.*

17 *A regula generali, exceptiones esse perpetuas excipitur restitutio in integrum, & querela inofficiosi testamenti.*

18 *Non rectè sumitur argumentum à remedio restitutionis, aut querelæ ad remedium nullitatis.*

Interpretatio pragmatic. 77. cap. 21. de offic. S. R. C. *ib.*

19 *Casus nullitatis propositæ per viam exceptionis, non comprehenditur sub dispositione prædicta* pragm. 77. in c. 25. *vbi statuitur tempus proponendis exceptionibus contra sententias, ad impediendam executionem.*

20 *Quando proponatur nullitas per viam actionis.*

21 *Nullitas proposita per viam actionis non impedit executionẽ, sed pendente processu nullitatis sententia, vel instrumentum mandantur executioni contra debitorem.*

Nullitas, quæ proponitur agendo requirit processum, & viam ordinariam iudicij, ib.

Antequam proferatur sententia non potest habere executionem, ib.

22 *Iniquum esset, ut debitor posset fraudare creditorem, & auferre illi viam executiuam.*

23 *Nullitas proposita per viam actionis, quæ constat ex actis in promptum impedit executionem.*

24 *De iure Neapolitano nullitas proposita per viam præuentionis seruata forma Regiæ pragmaticæ contra contractum, aut instrumentum impedit executionem.*

25 *De stilo S. C. Cons. quamuis allegetur per viam actionis nullitas contra sententiam, si constat ex ipsis actis impedit executionem.*

26 *De iure Neapolitano, non potest dici de nullitate duarum sententiarum conformium.*

27 *Restitutio in integrum, neque est propriè actio, neque exceptio, quamuis utroque modo proponi possit.*

28 *Restitutio proposita incidenter, per modum exceptionis contra executionem sententiæ, cuius iustificatio constat ex actis, impedit executionem sententiæ.*

29 *Si læsio, quæ iustificat restitutionem non constat ex actis, aut non probatur in continenti, sed requirit altiorem indaginem, non potest admitti in via executiua exceptio restitutionis.*

30 *Æquiuocatio Doctorum de hac re.*

31 *Quidam credunt, restitutionem peti non posse post cœptam viam executiuam.*

Restitutio incidenter, & per uiam exceptionis peti non potest, nisi cœpta executione, ib.

32 *Notatur lapsus* Ioannes Vincentij de Anna, & Rouiti, *circa* D. *Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II.* *ca tempus petendi restitutionem.*

Quando executio dicatur cœpta, vel perfecta, remissiue, ibidem.

33 *Detegitur æquiuocatio Doctorum, circa petitionem restitutionis, & vim eius suspendendi executionem, & explicatur, quod videantur loqui de restitutione petita per viam actionis, non de petita incidenter, & per viam exceptionis, & num. 34.*

35 *Restitutionem non posse obijci in via executiua, tanquam exceptionem, multi sentiunt.*

36 *Reprobatur prædicta sententia, & ostenditur, restitutionem obijci posse in via executiua, etiam stante statuto reijciente omnes exceptiones.*

Restitutio nunquam censetur sublata, nisi expressè prohibeatur, ib.

37 *Explicatur* l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. Castellæ.

38 *Restitutio proposita per viam actionis si constat ex actis, aut in continenti, impedit executionem, si verò petit altiorem indaginem, non impedit.*

39 *Restitutione petita in omni casu supersedendum in executione contra Bart. qui senserint.*

Probat ex textu in l. vnica, Cod. in integrum restitutione postulata, *ibid.*

40 *Ob præsumptam calumniam sententia mandatur executioni, restitutione etiam in integrum postulata.*

Exceptio firmat regulam in contrarium, ib.

41 *Restitutio est similis appellationi.*

42 *Petitio restitutionis postquam executio cœpta est, non impedit, quin perficiatur executio.*

43 *Petitio restitutionis contra executionem cœptam, non impedit iam facta, neque illa retractat, sed tamen impedit facienda.*

44 *Restitutio calumniosè petita non impedit executionem.*

45 *Restitutio petita contra sententiam Principis non impedit executionem.*

46 *Restitutio petita impedit executionem actus irretractabilis.*

47 *Restitutio regulariter petitur per viam actionis in S. C. Neap. contra sententias.*

Læsio in eodem S. C. quæ iustificat restitutionem petitam probari debet ex eisdem actis nulla admissa exteriori probatione, ib.

48 *Reijcitur limitatio quorundam, ut videlicet restitutio petita contra sententiam assistentiæ, non impediat executionem.*

49 *De iure Castellæ nullitas non potest opponi contra sententias Tribunalium superiorum, à quibus non potest supplicari, & quid si petatur contra sententias, à quibus potest supplicari?*

50 *Idem statuitur de remedio restitutionis.*

DISPVTATIO XVI.

Vtrum executionem impediat allegatio nullitatis, aut restitutionis in integrum.

1 PRimũ agemus de nullitate, posteà de restitutione in integrum. Nullitas autem opponi potest contra sententiam, & instrumentum, aut tempore, quo cœpta est, aut cominata executio, tanquam exceptio eam impediens: aut antequam fiat executio, tanquam

DISPVTATIO XII.

Vtrùm executionem impediat tertius oppositor, qui habeat similiter contra reum viam executiuam, dum contendit, se esse priorem, & potiorem, quàm ille, qui prius contra eundem reum executionem potierat, & obtinuerat.

1 DE Tertijs oppositoribus multi, multa scripserunt Doctores Legistæ *l. cùm idem, penultima, ff. de petition. hæreditat. & in l. is à quo 57. ff. de rei vindicat. & in l. à Diuo Pio XV. §. si super rebus, & §. sed & illud, versicul. Quod si res, ff. de re iudic.* Canonistæ *in capit. veniens 38. de testib. & in cap. cùm super 17. de re iudic. Couarruuias in practic. cap. 13. 14. 15. & 16. Trentacinq. libro 2. variar. titul. de iudic. resolut. 16. Marescot. variar. resol. libr. 2. capit. 121. Cancer. variar. resolut. 2. part. capit. 16. Gayl. obseru. pract. libr. 1. obseru. 70. 71. & 72. Menoch. de arbitr. libr. 2. centur. 1. casu 18. Mynsynger. obseruat. centur. 3. obseru. 73. Tepatus in compendio variar. tit. 90. & tit. 278. cap. 9. Scaccia de appellat. quæst. 17. limit. 6. membr. 4. ex num. 51. Rolandus cons. 5. volum. 2. Felinus in dict. cap. veniens, numer. 7. ex vers. Tertia conclusio, & in d. cap. cùm super, ex numero 11.* vbi tradit sex limitationes ad *text. in dict. l. is à quo, ff. de rei vindicat. Barbosa in l. si alienam 12. ex num. 15. & in l. Titia 35. numer. 7. vers. Item, & secundo, ff. solut. matrim. Bernardus Diaz regul. 266 Dueñas regul. 274. Riccius,* amicus noster, *collectanea 1257. Benintend. decis. 75. Cacheran. decis. 38. Caualcan. decis. 27. numer. 37. 2. part. Ioseph. Ludouic. decis. Perus. 26. Franch. decis. 261. & decis. 492. Cartar. decis. 52. Surd. decis. 335. Peguera decis. 7. & 67. 2. part. Castillo decis. 220. libro 3. Valasc. consult. 55. Fabius de Anna cons. 97. & 98. lib. 2. D. Franciscus Merlinus Pignatellus,* Collega, & amicus noster, *controuers. forens. c. 30. (Salgad.* latissimè *de reg. protect. part. 4. cap. 8. ex numer. 56. Gizzarell. decis. 41.)* Cùmque tam abundè materiam tractauerint, parum tamen de casu proposito, & non nisi obuiter, & vt dicitur, per transennam dixerunt, & quid multi ex illis circa hanc rem senserint, colligi non potest, etenim aut de opponentibus se liti, in qua agitur actione reali rei vendicationis pariter eandem rem petentes, quam ad se pertinere primi litigatores prætendebant, aut de iis oppositoribus à quibus in iudicium non vocatis possessæ res auocabantur, aut contra quos, & quorum bona sententia, vel instrumentum, cum in eis nominati non essent, executioni mandarentur, quærentes, in rebus alienis executionem fieri, tractarunt; hunc autem, quem proposuimus disputandum articulum, vix attingentes.

2 Igitur vt explicemus casum, de quo in præsenti sermo futurus est, Ponamus, Titium habere instrumentum guarentigium contra Sempronium, & eo coram Iudice producto petijsse executionem contra Sempronii bona, captisque pignoribus via executiua procedi: & vel statim post capta pignora, vel subitò post obtentam vltimam sententiam in via executiua, sed ante illius executionem, & ante venditionem, vel addictionem pignorum creditori Titio factam, dationemque in solutum, comparere in iudicio executiuo, Caium creditorem similiter Sempronii ex alio instrumento guarentigio, vel sententia iudicatum transacta, productoque contra Sempronium eundem communem debitorem instrumento, opponere se executioni pro Titio factæ, petendo se eidem Titio præferri quoad Sempronii bona, & de eorum pretio sibi potius, quàm Titio solui debere, qui executionẽ præoccupauit. Quæritur, quid iuris, & an processus Titii executiuus impediatur per istam oppositionem Caii, supersedendumque sit in exequendo, donec constet, quis ex duobus istis creditoribus sit præferendus, & cui potiùs soluendum ex pretio venditionis bonorum Sempronii communis debitoris?

3 Dixi, *antè executionem vltimę sententiæ, aut decreti executiui, & venditionem bonorum debitoris, & pretij eorum conuersionem in soluendo creditori primum venienti, aut eorundem bonorum adiudicationem, & insolutum dationem, aut quæsitam eorum possessionem per primum creditorem comparere secundum.* Quoniam si post ista facta, & absoluta secundus creditor compareret, dicunt Practici, executionem nullo modo impediri, sed creditori tardius venienti reliquam esse viam ordinariam contra possessorem bonorum sui debitoris, aut agendi executiuè contra eundem debitorem, & eius bona, si quę superfuerint. Ita docet *Gregor. Lopez in l. 11. tit. 14. part. 5. gloss. 1. Parlador. lib. 2. rerum quotid. capit. fin. 5. p. §. 10. num. 24. Paz in praxi tom. 1. 4. part. cap. 4. num. 2. Costa tract. de re integra, dist. 95. numero 2. cum seqq. Volano in Curia Philippica 2. part. §. 26. num. 4. Giurba decis. 61. ex numero 3. Rodriguez de execution. cap. 8. n. 5. Auendan. de censib. cap. 109. num. 6.* Et probatur a parte ex *textu in l. à Diuo Piò XV. §. si post addictum, ff. de re iud.* & ibi traditis à Doctoribus.

4 Hac in re in primis certum est, vbi reus est idoneus, & soluendo omnibus creditoribus, agentibus contra ipsum via executiua, executionem non impediri, neque hoc casu necesse est, opponi vnum creditorem alteri, etenim neuter impedit alterum, ne exigat creditum à debitore communi, qui habet bona, ex quibus possit vtrique satisfacere, atque adeò cùm non intersit vnius, ne alius recuperet, vnius recuperatio non obstat recuperationi alterius. Ita adnotauit *Paz in praxi, 1. tom. 4. part. cap. 4. num. 5. Hauia Bolano in Curia Philippic. 2. par. §. 26. nu. 5. Villadiego in Polit. cap. 2. num. 129. & 131. Cacheran. decis. 65. numer. 6.* Imò verò addunt, hanc oppositionem esse manifestè calumniosam, ac proinde non admittendam, neque ex ea retardandam executionem à primo creditore intentam, & promotam. Si verò debitor idoneus non est, neque sufficiunt eius bona ad satisfaciendum omnibus creditoribus, tunc oppositio admittenda est, & censenda iusta, quoniam vtriusque creditoris interest, ne alteri soluatur, nam quod vni soluitur, alteri aufertur, & quod vnus lucratur, alter amittit.

5 Sit igitur conclusio. Cum vnus creditor opponit se executioni per alterum factæ, vtens actione personali, & hypothecaria sibi competente, & petens se præferri in pretio redacto ex venditione bonorum debitoris; aut actione personali priuilegiata; verb. grat. si vxor se opponeret executioni factæ in bonis mariti ob instantiam alterius creditoris; supersedendum est in executione, in quocunque statu sit processus executiuus tempore oppositionis, qui silere debet interim, dum inter ipsos creditores agitur via ordinaria, & examinatur, quis sit prior, & potior, & cui sit prius satisfaciendum de bonis debitoris. Ita sentit *Bartolus in leg. à Diuo Pio XV. §. si super*

rebus

rebus, num. 3. ex vers. si verò sit missio in alia re, ff. de re iud. Abbas Panormitan. in cap. veniens 38 numer. 1. & numer. 6. de testib. & in cap. cùm super 17. num. 7. de sentent. & re iud. Paul. Castrens. cons. 179. in causa, quàm Magnificus, num. 9. 1. par. Natta cons. 300. num. 2. & cons. 327. numer. 1. tom. 2. & cons. 552. numero 1. tom. 3. Gozadinus consil. 103. numer. 10. Gregor. Lopez in leg. 1. tit. 14. part. 5. gloss. 1. in principio, Gratianus regul. 418. limitat. 7. numer. 8. Minsyngerius singular. obseruat. centur. 3. obseruat. 73. numer. 7. & 8. Barbosa in l. si alienam 12. num. 20. in fin. ff. soluto matrimonio Ioseph. Ludouicus decis. Perusin. 36. numer. 26. Cancer. variar. resol. par. 2. c. 16. numer. 62. & 63. Thusc. litera C. concl. 213. num. 38. & lit. T. concl. 86. num. 19. 23. & seqq. Paz in praxi, 1. tomo, 4. par. cap. 4. num. 1. & 7. Scaccia de commercijs, §. 2. glossa 5. num. 408. & §. 7. glossa 5. numer. 84. vbi dicit esse communem conclusionem, & seruari in praxi Volano in Curia Philippica, 2. par. §. 25. numer. 11. Frezza de praesentatione instrumentorum, part. 9. quaest. 11. Surdus decis. 335. numer. 6. & 22. Bouadilla lib. 2. Polit. c. 20. num. 50. Auendanus de censibus, cap. 109. ex numer. 1. significat Anna singulari 28. in fin. ibi: Et quia non allegauit anteriora iura, De iure Castellae probatur in l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop. vbi Azeuedus notat, & Gutierr. in repet. l. nemo potest, num. 391. ff. de leg. 1. Rodriguez de executione, cap. 8. ex numer. 2. (Salgad. de de Reg. protect. p. 4. c. 8. num. 65.) alios allegaui supra tit. 2. disp. 8. num. 10. vbi Doctores Hispanos praedictam legem extendere ad omnia Tribunalia, & sic vsu esse receptam, & ibidem num. 11. notaui discrimen inter ius commune, & ius Regium Castellae.

6 In casu autem, quo vxor se opponit executioni factae per alios creditores in bonis mariti vergentis ad inopiã, petens se declarari esse praeferendam, & tuendam quoad suam dotem, quod supersedendum sit in executione, & vxorem via ordinaria audiendam, interim sentiunt Baldus nouellus de dote, 7. par. priuil. 18. numer. 2. in fin. versic. Si autem mulier vellet, & priuil. 24. numer. 2. Negusant. de pignor. 5. part. memb. 1. ex numer. 29. Afflict. decis. 199. & ibi Addentes, Thesaur. decis. 207. Franch. decis. 54. Grammatic. decis. 92. ex numer. 17. Cacheranus decis. 132. numer. 12. Cartarius decisio. 8. Giurba decis. 16. & decis. 61. ex numer. 15. Gayl. obseruat. pract. libr. 2. obseruat. 92. Rebuffus tom. 2. in Constit. Regi. tract. de constitutionibus redditaum, art. 1. gloss. 14. num 43. Cassaneus in consuetud. Burgund. Rubric. 4. §. 17. verb. Parson mari, numer. 9. Straccа de decoctoribus, 5. part. numer 12. Ioann. Vincent. de Anna singulari 598. Fabius de Anna consil. 63. & 69. Prosp. Petra ad Capicium decis. 41. additio. ne vltim. Thesaur. quaest. forensi. lib. 2. quaest. 65. numer. 6. Maresc. ot. libr. 2. variar. resolut. cap. 121. ex numer. 22. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 4. num 4. Barbosa in l. si constante 25. in principio, num. 61. ff. solut. matrim. Rodriguez de executione, cap. 8. ex num. 10. Colerus de process. execut. 2. par. cap. 3. ex num. 264.

7 Haec conclusio probatur primò efficaciter, quoniam cùm creditor primò veniens in iudicium agit via executiua contra debitorem, & post alius creditor superueuit monens contra debitorem eundem aliud iudicium executiuum, petens, simul se praeferri creditori prius agenti, duae diuersae lites considerari possunt, quae sunt per vnam, & eandem sententiam diffiniendae. Prima est lis executiua contra debitorem, in qua vnus creditor alteri pars est. Secunda est lis inter creditores ipsos super praelatione: quae non est lis executiua, vnus enim creditur contra alterum executiuè agere non potest, cùm neuter habeat alterum obligatum. Ergo dum de hoc iure tractatur, cuius discussio praeiudicialis est sententiae ferendae super executione, suspendenda est via exerutiua, & agendum ordinaria inter ipsos creditores, donec vnus ostendat contra alterum ius prioritatis, & potioritatis, quod solet esse satis intricatum, cùm nonnunquam deriuetur ex cessionibus aliorum creditorum, aut priuilegijs, quae consistunt in facto, & indigent probatione.

8 Confirmatur ex eo, quòd quando duae causae complicatae sunt, quarum vnam appellationem admittit, & non est executiua, alterius quia est executiua appellationem non admittit, cùm semper vtraque pronnncientur, tota sententia est appellabilis, & executio fieri nequit, etiam pro parte sui inappellabili, & executiua, vt docet Bald. cons. 141. num. 7. vol. 1. Contardus in l. vnica, lim. 2. nu. 45. & limit. 24. ex num. 1. C. si de moment. possess. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 3. numer. 187. & de recuper. possess. remed. 9. num. 321. Horatius Barbatus super pragmatic. de assistentia glos. 1. num. 50. Scaccia de appellationib. quaest. 17. limitatione 6. membro 9. numer. 84. Giurba, qui plures refert decision. 101. ex numer. 1. Ergo ratione complicationis istarum litium creditoru inter se, & cum debitore, processus executiuus fiet ordinarius, & sententia alioqui executiua futura non erit executiua inter ipsos creditores.

9 Secundò, quoniam creditoris posterius Iudicem adeuntis pro impetranda sui crediti satisfactione interest magis, debitoris bona conseruari in eodem statu, vt tempore, quo vendantur possit de eorum pretio sibi satisfieri, quàm subijci incertae cautionis periculo, si soluetur creditori prius venienti cum cautione de restituẽdo, l. pupilli 6. ff. quod falso tut. author. l. cogi 16. §. idem quaerit, & ibi glossa verb. Cautionis, leg. qui ita 66. §. etiam ff. ad Trebell. Aut enim creditor prius dimissus, & fideiussor eius poterunt decedere, aut propter interuallum temporis non eandem fidem habebunt, l. Carbonianum 3. §. causa cognitio, versiculo, Finge esse Testes ff. de Carbonia edict. praesertim cùm pecunia facillimè expendatur, difficulterque recuperetur, bona autem iudicialiter vendita vendantur libera. Itá fiet, vt postquam creditor tardius ad iudicium veniens obtineat sententiam contra priorem dimissum, qua declaretur potior, non inueniat, ex quo sibi satisfiat, & opus erit nouo iudicio contra creditorem, qui pecuniam consumpserit, aut fideiussorem minus idoneum dederit, quod indicant quotidiana experimenta. Satius ergo erit, viam executiuam suspendere, donec patefactis vtriusque creditoris iuribus iudex pronũciet, cui prius, & de qua quantitate, cui verò posterius sit satisfaciendum de pretio bonorum debitoris existẽtiũ, quam ius litigatoris incerto cautionis committere, cum in mora modici temporis paruum sit praeiudicium, aut damnum, l. si debitori 21. ff. de iud.

10 Contrariam tamen praedictae conclusioni sententiam, quinimò tertium oppositorum in iudicio comparentem, & ostendentem iura sua contra debitorem, atque item contra creditorem, qui prius comparuit, aut sit ius prioris hypothecae, aut actio personalis priuilegiata: non impedire viam executiuam prius moram, sed procedendum esse ad sententiam, & venditionem bonorum, & ex eorum pretio satisfaciendum creditori prius accedenti ad iudicium, deuenientique ad sententiam oppositione non obstante, praestita tamen per praedictum creditorem cautione de indemnitate, aut restitutione creditori tardius venienti in casu succumbentiae tuentur Thusc. liter. T. conclu. 86. numer. 13. & ex numer. 16. tamet. si non possit colligi satis clarè eius sententiae quoad praesentem

ſentem articulum ob ea, quæ adiungit. Itē *Mareſcot. lib. 2. var. reſ. cap. 121. nu. 3.* qui tamen ibi non agit de creditore deducēte in iudicium actionē perſonalē ſed realem Clarius ei ſententiæ adhærent *Coſta tract. de re integr. diſt. 95. num. 6. & 8. Gratba decif. 61. num. 2. 6. & 7. & 18. Volano in Curia Philipps. 2. par. §. 26. nu. 9. Milanenſis decif. 12. ex num. 128. lib. Salgad. d. cap. 8. num. 66.*

11 Probatur primò ex *textu in l. cum idem 57. ff. de petit. hæred. & in lege is à quo 57. ff. de rei vendicat.* vbi ſententia lata pro primo litigatore, etiam ſi ſuperueniat tertius oppoſitor, executioni mandatur, præſtita cautione per eum, pro quo ſententia lata eſt, de reſtituendo ſecundo litigatori in caſu ſuccunbentiæ.

12 Secundò ex *textu in l. à Diuo Pio 15. §. Sed & illud verſ. Quod ſi res, ff. de re iudic.* vbi concurrentibus duobus creditoribus ſuper eodem pignore, non impeditur executio, ſed pignus venditur emptori cum onere ſoluendi debitum anterius priori creditori, & reliquum pretium conuertendi in rem iudicatam. Cum quo textu de iure Caſtellæ conuenit *l. 38. tit. 13. par. 5. & Paulus in dict. §. Sed, & illud, num. 1. verſ. Secunda limitatio. Alexand. num. 2. & 4. Iaſon. in principio,* dicunt, quæſtionem pignoris non retardare executionem. Conſentit *Gregor. Lopez in l. 11. tit. 14. part. 5. gloſſ. 1. in fin. & Neguſant. de pignor. 6. part. membr. 1. num. 30.*

13 Nihilominus non eſt recedendum à propoſita concluſione, quæ veriſſima eſt. Neque obſtant in contrarium adducta. Nam ad *textus in l. penultim. ff. de petit. hæred. & in leg. is à quo, ff. de rei vindic. dicendum* eſt, loqui de caſu diuerſiſſimo, videlicet, quando agitur ad hæreditatem, vel rem aliquam ſingularem actione reali, aut, inquam petitionis hæreditatis, aut rei venditionis, & tertius ſe opponit contendens, illas eaſdem res ad ſe pertinere, quibus caſibus primum iudicium non retardatur, & qui prius deuenit ad ſententiam prius obtinet executionem, ſed præſtatur cautio tertio oppoſitori de reſtituendo illi in caſu victoriæ. Quæ cautio conſeruat integrum ius oppoſitoris ſine vlla deterioratione, etenim rem poſſeſſam à reo primi iudicij, ſi ipſe oppoſitor vindicat, eodem modo poterit auocare à nouo poſſeſſore, quo auocaret à primo: at in noſtro caſu cùm agatur actione perſonali ad obtinendam pecuniam à debitore, ſemel venditis bonis, ſi pecunia ex venditione redacta veniat ad manus primi litigantis, difficilimè poterit recuperari, cum tam facilè poſſit expendi: quare ius tertij oppoſitoris multum læderetur, etiam ſi cautio adhibeatur. Ideò ſecurius eſt, bona debitoris pignorata conſeruari, & differri eorum venditionem, quouſque iudex poſſit diffinire, cui, prius, & quantum ſolui debeat, cui poſterius, & inter iſtos caſus penè agnouit diſcrimen, *Natta conſ. 327. numer. 1. & Bartol. in d. §. Si ſuper rebus.* De limitationibus autem prædictæ *leg. is à quo* vide *Vincentium de Franchis decif. 261. ex num. 3. Afflictis decif. 15. num. 2. & decif. 235.* & ante eos *Felinum in capit. veniens 38. ex num. 8. de teſtibus,* ſuperius commemoratum, *num. 1.* In quibus autem caſibus procedat, vide longam remiſſionem apud *Anton. de Amato reſolution. variarum, lib. 2. reſol. 99. num. 30. & 31. & 32.*

14 Ad ſecundum dicendum eſt, *textum in dict. §. Sed & illud, verſ. Quòd ſi res, aut §. quòd ſi res,* & Doctores allegatos loqui de caſu, quo quis obtinuerat pro ſe ſententiam, & non erant bona debitoris, quæ poſſent capi in cauſam iudicati, præter pignus apud alium creditorem inuentum, cum quo non erat controuerſia ſuper proprietate, quia vel obtinens ſententiam cedebat tenenti pignus, aut nolebant contendere: eo caſu, ait iuriſconſultus, pignus eſſe vendendum cum onere ſatisfaciendi ei, apud quem pignus erat, quem videtur præſupponere potiorem eſſe, reliquum verò pretij in executionem iudicati conuertendum. Nos agimus de caſu longè diuerſo, ſcilicer cum tertius oppoſitor agit contra creditorem prius mouentem iudicium executiuum, contendens ſe præferri deberi, & ſua iura contra debitorem potiora eſſe. Tunc dicimus, in prima executione ſuperſedendum, donec, vtriuſque creditoris iura examinentur, & diſcutiantur, & diffiniatur, quis ſit potior ex illis, & primo ſatisfaciendus.

15 Retenta igitur prędicta noſtra concluſione, eam limita primò ſi debitor eſt idoneus, & ſoluendo vtrique creditori, & habet plura bona, quā capta in cauſam iudicati in prima executione, tunc relinquenda ſunt pignora controuerſa, & alia capiēda iuxta, *textū d. l. à Diuo Pio, §. Sed & illud,* & ibi tradita a Doctoribus. Cum quo textu de iure Caſtellæ conuenit *leg. 3. titul. 27. part. 3.* & ita faciendum eſſe notat *Parlador. lib. 2. rer. quotid. capit. fin. 5. par. §. 11. num. 60.* quo caſu non impeditur prima executio per oppoſitionem tertij, vt notaui *ſupra num. 4.*

16 Limita ſecundò, ſi oppoſitio iſtius tertij ſit calumnioſa, ſolum eo fine facta, vt retardatur executio: nam tunc non ſolum non impeditur executio prius facta, ſed neque eſt admittenda oppoſitio, argumento *cap. ſuſcitata 6. de in integr. reſtit.* Hanc limitationem tradunt *Iaſon, in l. 4. §. Condemnatum, num. 11. ff. de re iud. Couarru. in pract. c. 16. numer. 2. Auendan. de exequend. mandat. 1. par. capitul. 16. num. 6. Peguera decif. 7. num. 22. 2. par. Gayl. pract. obſeruat. lib. 1. obſeruat. 69. num. 5. & 6. & obſeruat. 70. num. 20. Mareſcot. var. reſol. lib. 2. cap. 121. num. 15. Rodriguez de execut. capitul. 8. numer. 2. verſiculo Caterum, Parladorius vbi ſupra.*

17 Limita tertio, ſi primus litigator non peteret ſibi ſolui, ſed pignora in cauſam iudicati capta vendi, vt de pretio ſatisfiat ei, qui potiora iura habuerit, auditis ſuper pretio tam ipſo, quàm tertio oppoſitore, nō enim debet impediri bonorum venditio à quocunq; petatur, etiam ſi alter contradicat. Nam cùm actus venditionis ſit omnibus vtilis, qua fronte poterit, recuſari impediri, aut contradici? Hæc limitatio colligitur ex *textu in dict. §. Sed & illud, in verſ. Quod ſi res,* eamque tradunt *Neguſantius de pignorib. 6. part. memb. 1. n. 30. poſt Bart. Alex. & Iaſ. ibi Ioann. Faber. in l. ſi eo tempore, num. 4. C. de remiſſ. pignor. & Thuſc. liter. C. concluſ. 1059. num. 4. & liter. E. concluſ. 489 numer. 2.*

18 Illud pro coronide adijcio, iuxtą adnotata per Doctores tractantes de tertio oppoſitores, hos tertios oppoſitores eſſe in triplici genere, Primum eorum, qui veniunt ad litem ad coadiuuandum actorem. Secundum eorum, qui veniunt ad litem ad coadiuuandum reum. Tertium eorum, qui veniunt ad excludendum tā actorem, quàm reum. In primo, & ſecundo genere regula eſt, iſtos tertios oppoſitores ita eſſe admittendos, vt aſſumant litem, & eam proſequantur in eodem ſtatu, in quo tempore oppoſitionis inuenitur, & quo ab ipſis principalibus litigantibus ſuſtinebatur. In tertio verò oppoſitorum genere regula eſt, eos admitti debere ad cauſam agendam ab initio, ita quidem ac ſi alijs cępta non eſſet, & non teneantur eam aſſumere in eo ſtatu, in quo erat inter primos duos litigatores tempore oppoſitionis, & cum ipſi ad litem accedunt. Adnotauit *Couarru. in pract. cap. 13. in princip. cum ſequentibus, Barboſa in l. ſi alienam*

num. 12. ex num. 16. versic. Pro vera igitur resolutione, & in leg. Titia 35. ex num. 7. prope medium ff solut. matrim. Gayl. obseruat. practicar. libr. 1. obseruat. 70. & 71. Fabius de Anna consil. 97. & 98. Pegueta decis. 67. 2. part. Cancer. variar. resolut. 2. part. cap. 16. ex numer. 1. Igitur oppositor iste, de quo in hac disputatione actũ est, pertinet ad tertium genus, quam venit contra reum debitorem, vt exigit sibi debitum: venit etiam exclusurus actorem, cùm contendat se illi præferendum esse: ac per consequens litem non tenebitur assumere in eo statu, quo tempore oppositionis inuenietur, sed nouiter cum illo agendo est dato nouo termino, & processu denuò compilato.

SVMMA DISPVTATIONIS, Decimætertiæ.

1 Ex beneficio inuentarij actiones hæredis contra defunctum, quæ alioqui confunderentur, non confunduntur, sed manet salua contra hæreditatem.

2 Proponitur difficultas, de qua tractatur.

3 Distinguuntur duo casus, primus est, si hæres se opponeret executioni factæ per alium creditorem contra defunctum tanquam reus.

4 Hæres opponens se executioni tanquam reus incontinenti debet probare exceptiones, quas allegat.

Exceptiones postulantes altiorem indaginem non admittuntur in via executiua, ib.

5 Quod instrumentis probari potest, non debet hæres offerre se probaturum per testes.

Præsumitur calumnia, & falsitas contra eum qui quod potest probare instrumentis, vult probare per testes. ib.

6 Exceptiones discussionis inuentarij non probata solet prouideri à iudice, vt executio fiat in bonis hæreditarijs.

7 Secundus casus est, cùm hæres mauult se opponere tanquam actor, & tunc suspendenda est executio.

Hoc casu datur curator hæreditati aditæ, cum quo agat hæres tanquam cum reo, ib.

8 Vtilius est heredi se opponere executioni factæ in bonis defuncti velut actorem, quam se opponere velut reum.

DISPVTATIO XIII.

Vtrum executionem impediat hæres debitoris cum beneficio inuentarij, qui se opponit executioni, tanquam creditor?

1 EX resolutione præcedentis disputationis colligenda est huius resolutio, quæ à paucis tacta est. Pro qua præsupponendum est, inter alia priuilegia, & beneficia, quæ consequitur hęres ex confectione inuentarij, illud esse præcipuum, & celeberrimum, vt actiones hæredis contra defunctum, quæ non confecto inuentario, per additionem hæreditatis confunderentur, & extinguerentur, quia actio, & passio non essent in eodem subiecto compatibiles, neque possibile eundem sibi ipsi debere, leg. debitori 7. Codic. de pactis & ibi glossa verbo, Confusa est, quæ refert concordantes, Baldus numero 2. & 3. Angelus numero 1. Salicetus numero 2. Fulgosius numero 1. Paulus numero 3. Alexand. numer. 2. & 4. Iason. numer. 1. & 4. Decius numero 1. & 4. & ex numero 15. Alciatus numer. 12. & ex numero 19. Sicardus in principio, & numero 1. cum sequentibus, tamen confecto inuentario actiones non confunduntur, sed hęredi aduersus hæreditatem manet salua, ac si hæreditas adita non fuisset l. cùm scimus, vltima, §. in computatione, versiculo, Si verò C. de iur. deliber. notant omnes relati vbi supra, et in dict. §. in computatione, Rolandus de inuentario. 4. part. §. decima vtilitas, in tract. Varijs de inuentario quæstion. 170. ex numero 1. Porcellinus, ibidem quæstione 5. numero 6. et 7. Manticulus quæstion. 132. ex numero 11. et quæst. 134. ex numer. 140. Phanucius quæstion. 242. ex numero 13. et quæstion. 244. ex numero 41. et num. 80. cum sequentibus, Crassus quæst. 264. Spino quæst. 273. numer. 42. versiculo, Secunda est vtilitas, quæ est glossa 35. speculi testamentorum, Valascus consultatio 52. numer. 43. Padilla in l. cùm secundum, ex num. 12. et ex num. 24. C. de fideicommiss. Thesaurus quæstion. forens. libr. 3. quæst. 44. Riccius collectan. 1462. Marescotus variar. resolution. libro 1. cap. 37. num. 1. vbi an, & quo tempore defuncti hæres, & eiusdem creditor censendus sit sibi de suo credito satisfecisse. De iure Castell. est l. 8. tit. 6. p. 6. vbi Gregorius gl. 3. (Limitat tamen eam communem conclusionem Menchaca de successorib. creat. lib. 1. §. 6. numero 46. versiculo Licèt autem, Meritissimus Regens Fabius Galeot. contr. 5. lib. 2. ex nu. 20.)

2 Ponamus igitur, istum hæredem cum beneficio inuentarij côuentum esse via executiua a creditore defuncti, & quoniam ipsemet hæres contra defunctum haberet instrumentum guarentigium, cuius actionem reseruauit immunem à confessione beneficium inuentarij, vel- le se opponere executioni factę in bonis defũcti per aliũ creditorem, quemadmodum posset quilibet creditor extraneus, quo casu, & fortè singulari dandus esset curator aditæ hæreditati, cum quo isti duo creditores possint prosequi iudicium aduersus hęreditatem, dubitatur hoc casu, an sit suspendenda via executiua.

3 Existimo, distinguendos esse duos casus, Primus est, si iste hæres cum beneficio inuentarij opponeret se executioni, non tanquam actor, sed tanquam reus, contendens, executionem locum non habere, quia facta in bonis hæredis proprijs, non hæreditarijs, & quia ipse vltra vires hæreditatis non teneatur, omniaque bona hæreditaria sint consumpta in soluendis creditoribus alijs primò venientibus, & sibi ipsi inter alios, ac per consequens se non posse molestari, iuxta textum in dict. l. cùm scimus, §. & si præfatam, & §. fin verò creditores, C. de iur. deliber. Hoc casu si hæres hæc, quæ allegaret, probaret, in continenti, ostenso inuentario solemni, & instrumentis solutionum alijs creditoribus factarum, absoluendus esset ab executione, cùm iuxta dicta supra disputatione 9. numero 13. hęres cum beneficio inuentarij non teneatur vltra vires hæreditatis.

4 Dixi, incontinenti probaret quę allegat, quoniam non satis est allegare exceptionẽ, nisi probet, vt dixi supra disputation. 9. numer 14. Addidi, in continenti, quia causa executiua summaria est, habetque breues dilationes, intra quas exceptiones obiectę probari debet, quod si probari non possint, quia altiorem indaginem requirant, aut postulent longiores dilationes, quam sustineat via executiua, in ea admittendæ non sunt, leg. in hac actione 3. §. ibidem, ff. ad exhibend. l. si quis 11. & ibi Bartol. nu. 3. C. depositi, idem Bart. in l. 4. §. condemnatum numer. 2. et 3. Alexand. numero 4. & 5. Iason. numer. 5. & sequentibus, ff. de re iudic. Antonius de Canario de executione instrumentorum, quæstion. 5. num. 14. Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. fin. 5. par. §. 11. num. 40.

5 Dixi

5 Dixi item, *ostenso inuentario, & instrumentis solutionum*, nam non debet offerre hæres se probaturum ista per testes, quia aduersus eum, qui vult testibus probare, quod potest probare instrumentis præsumitur calumnia, & falsitas, *Bellamera decis.610.num.1.Craueta cons.134.num.30.et consil.178.num.5.volum.1.et cons.814.num.6.et 7.volum.5.Curtius Iunior.consil.64.num.3.volum.1.Menoch. consil.207.numer.37.libr.3.& de præsumpt. libr.5.præsumpt.20.num.22.Thuscus litera P. conclusione 772.nu.2.*

6 Quod si non ostenderit, omnia bona hæreditaria esse consumpta, exceptio non proderit, quoniam interloqui solet iudex, *executio fiat in bonis hæreditarijs*, & sic in bonis hæreditarijs procedet, & peragetur executio, exceptione opposita non obstante. Si verò in causam iudicati capta essent pignora, non contenta in inuentario solemniter facto, & hæredis propria relinquenda sunt, & non procederetur ad eorum venditionem, nisi creditor probaret, alia bona hæreditaria eiusdem, vel maioris valoris ab hærede fuisse in proprios vsus consumpta. Hæc iuxta ius commune, & Regium Neapolitanum. De iure Castellæ omnes istæ probationes faciendæ sunt intra decendium, indultum litigantibus via executiua, de quo loquuti sumus supra *hoc eodem tit.3.disput.1.n.19.* alioqui executio, & venditio bonorum perficietur.

Secundus casus est, si hæres, qui potest vt reus se defen-
7 dere mallet assumere partes actoris, & opponere se executioni factæ in bonis defuncti, per alium creditorem, virtute actionis sibi competentis, non confusæ, sed reseruatæ sibi beneficio inuentarij, quemadmodum posset se opponere, si viueret defunctus, & alter creditor aduersus illum viam executiuam intentasset. Et dicendum est, si hæres cum beneficio inuentarij se opponat, vt creditor executioni factæ in bonis hæreditarijs per alium creditorem, dato curatore hæreditati, cum quo agatur, executionem esse suspendendam, eodem prorsus modo, quo fieret, si viueret defunctus, & duo creditores agentes contra ipsum via executiua contenderent de prælatione. Probatur ex *textu in prædicta l.scimus, §.in computatione, versicul. Si verò, aut §.si verò, Codic. de iure deliberandi*, cuius verba *sunt: Si verò, et ipse* (scilicet hæres) *contra defunctum aliquas habeat actiones non ea confundantur, sed similem cum alijs creditoribus, per omnia habeat fortunã, temporis tamen prerogatiua inter creditores, seruanda.* At alij creditores possent se opponere executionibus factis in bonis defuncti, & suspendere viam executiuam, vt dictum est *disputat.præcedenti*. Ergo id similiter potest facere hæres, qui ex beneficio inuẽtarii fungitur vice duarum personarum, debitoris nempe, & creditoris. Hæc resolutio colligitur ex traditis à *Marescoto variar.resolut. lib.1.cap.37.et lib.2.cap.121.num.25.et 26.Surdo decis.92.num.7.et cons.7.ex num.31.libr.1.Phanucio de inuentario, parte 5.num.19.* vbi multos refert, quamuis eam non clarè amplectuntur.

8 Ex prædictis infertur, multò vtilius esse hæredi, opponere se executioni isto secundo modo, tanquam actorem, quàm primo modo, tanquam reum: nam si opponat se primo modo, non faciet cessare viam executiuam, imò verò arctabit se termino summario viæ executiuæ, intra quem si non probauerit exceptiones allegatas succumbet. At si se opponat tanquam actor, faciet suspendere viam executiuam, & habebit latiorem dilationem, qua possit probare sibi incumbentia, iuxta propositam actionem. Id tamen ita seruari poterit, dum absit omnis calũnia, & non recedatur à limitationibus traditis *præcedenti disputatione*.

SVMMA DISPVTATIONIS Decimæquartæ.

1 *Fas est creditor volenti suum recuperare agere executiuè coram diuersis iudicibus, & diuersis processibus.*
In executiuis non datur instantia, neque inuenitur litis pendentia, ib.
2 *Creditor qui cum posset agere via executiua aduersus suum debitorem elegit agere via ordinaria, non potest recedere à via ordinaria cœpta, & ingredi executiuam.*
3 *Quod solemniter inchoatur, solemniter est per sententiam finiendum.*
4 *Qui habet duas vias, et vnam eligit, illi sibi patere debet.*
5 *Contrariam sententiam, quia amplectantur.*
6 *Non potest actor inuito reo à causa desistere.*
7 *Cùm reus præuenit actorem contendens, competere sibi exceptionem aduersus executionem quam timet, non potest impedire viam executiuam.*
Non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri, ibidem.
8 *Reo contendente coram Ecclesiastico iudice, contractum esse vsurarium, non potest impediri executio eiusdem contractus facta coram sæculari.*
9 *Contraria quorundam sententia reijcienda est.*
10 *Reo, qui per præuentionem agit opponente exceptionem, quæ oriatur ex instrumento exequibili, executio impeditur.*
11 *Iure Neapolitano debitor vtens præuentione impedit executionem.*
12 *Præuentio tamen debet fieri solemniter, seruata forma pragmaticæ de præuentione moderandæ.*
13 *Cautio requisita in præuentione præstanda est pro forma, etiam si à creditore non petatur.*
14 *Contraria sententia reijcitur.*
Cùm lex requirit aliquid pro forma, etiam si à parte non petatur, adhiberi debet, ib.
15 *Si renunciatum præuentioni tempore contractus, præuentio non iuuat.*
16 *Etiam si impetretur absolutio iuramenti.*
Absolutio à iuramento non tollit validitatem contractus iurati, ib.
17 *Præuentio facta tempore, quo venit, et cessit dies solutionis, non operatur suspensionem executionis.*
18 *Præuentio facta eo die, quo petitur executio, non impedit executionem.*
19 *Præuentio vt habeat effectum debet fieri in Magna Curia Vicariæ.*
20 Rouitus 190. *est abrogatus, et non est in vsu.*
21 *Præuentio an solùm in prima instantia suspendat liquidationem instrumenti, et quomodo sit intelligendum.*

DISPVTATIO XIV.

Vtrum executionem impediat exceptio litis pendentiæ in via ordinaria.

1 SVpra *titul.2. disputation.2. numero 16.* dixi, fas esse creditori volenti suum recuperare agere aduersus debitorem apud diuersos iudices, & per diuersos processus executiuos adhibitisque diuersis remedijs, quo sibi debitum consequatur. In qua rem congessi plurimos Doctores, est enim ea doctrina com-

communis, & ab omnibus ferè approbata, ex qua consequens est, vt non obstet viæ executiuæ exceptio litis pendentis executiuæ, cùm duæ viæ executiuę sint compatibiles, (notat *Salgado de Regia protectione parte 4. capite 7. numero 171.*) Quod ex eo etiam comprobatur, quod in causis executiuis, in quibus non agitur actione in factum, sed imploratur officium iudicis, & agitur summariè, non datur instantia, *Canarius de executione instrumentorum, quæstione 33. numer. 71. Afflictis decisione 346. ex numer. 1. & numero 12. Surdus consilio 542. ex numero 11. Marta de iurisdictione 4. parte casu 177. numero 8. cum sequentibus*, & per consequens non datur in executiuis propriè litis pendentia, *Gratianus disceptatione forens. tomo 1. capite 118. numer. 44.* Dubium igitur præsens est, an cùm agitur via ordinaria siue per creditorem, siue per debitorem, si velit creditor postea agere via executiua, obstet ei exceptio litis pendentiæ, & sic cogendus sit à via executiua recedere.

2 In qua difficultate duo diuersi casus distinguendi sunt. Primus est, quando idem creditor, qui elegit agere contra suum debitorem via ordinaria, cùm posset agere executiua, pœnitentia ductus vult relicta via ordinaria regredi ad viam executiuam. In quo dicendum est, non posse creditorem, qui viam ordinariam elegit, vt ageret contra debitorem relicta via ordinaria cœpta redire ad viam executiuam, & si id faciat, posse debitorem iure obijcere, illi exceptionem litis pendentię in via ordinaria, qua impediet viam executiuam. Ita sentiunt *Rodericus Suarez in leg. post rem, notabili 3. numer. 2. & ad eum locum Valdes ff. de re iudicat. Maranta in prax. 6. par. tit. de instrumentorum productione, seu actu 8. num. 31. & post praxim, disputat. 6. num. 24. Marcus Salon de Paz consu. 39. num. 7. qui plurimos allegat, Auiles in capit. 10. Prætorum verb. Execucion, numer. 27. Menesius in leg. si quis maior. 41. num. 71. C. de transact. Parladorius rerum quotid. lib. 2. capit. fin. 5. par. §. 11. num. 20. Caualcanus decis. 1. num. 16. 1. par. Rota Romana diuersorum, decis. 790. num. 14. parte, Monterius decision. 22. Mastrillus decis. 157. Giurba decision. 74. num. 11. & decis. 100. num. 52. & 53. Azeuedus in leg. 2. num. 144. vbi varijs modis limitat, & in l. 5. nu. 3. tit. 21. lib. 4. Recopilat. Gutierez libr. 3. practic. quæst. 39. numer. 5.* qui tamen statuit septem limitationes, *Molina in annotationibus ad suos libros de primogenijs, numero 16. Gonzalez in regulam 8. Cancellariæ, gloss. 6. ex numero 191. Cæsar de Graffis decisio. 191. numer. 2. alioqui 2. de sentent. excommunicationis, Riccius decis. 179. ex numer. 5. 2. part. Valenzuela consil. 49. ex num. 11. & propriè num. 15. & 16. Auendanus in l. 45. Tauri, glossa 7. num. 8. Gregorius Lopez in l. 19. tit. 22. part. 3. gloss. 18. Sesse de inhibitionibus, capit. 2. §. 3. numer. 47. Graffis de executionibus, in præludio, numer. 64. Marescotus variar. resolut. lib. 1. cap. 38. ex num. 4. Farinac. decisio. 366. num. 3. in criminalibus, Scaccia de iudicijs, libro 2. capit. 62. num. 3. & cap. 76. num. 9. & de appellationibus, quæst. 17. limit. 9. numer. 45.* vbi dicit, ita tenere communiter omnes, *Cancer variar. resolut. par. 1. capit. 17. ex num. 34. & 35. Anton. Massa Gallesius ad formulam cameral. obligat. ad tertiam particulam, quæstion. 2. aliàs quæstion. 11. ex numer. 4. Marta de iurisdiction. 4. par. cantur. 2. quæst. 177. ex num. 1. Freza de præsentatione instrumentor. part. 9. quæst. 9. per totam, & numer. 20. idem Riccius collectan. 152. (Salgado de Regia protect. part. 4. dict. capitul. 7. numero 172.) Colerus de processibus executiuis, 3. part. capitul. 5. ex numero 34.* qui latè probat, & optimè tractat. Facit pro hac parte quod tradit *Negusantius de pignor. 4. part. numer. 25. probatur primò ex textu in Auth. qui semel, Codic. quomod. et quando iudex, et capitul. causam 3. de dolo, et contumacia*, vbi qui litem inchoauit, tenetur eam terminare, & non potest ab ea desistere inuito colligitante ne sit in potestate creditoris iudicium semel cęptum illudere, id enim ei permitti non debet, *l. si quis rem 30. ff. de recept. arbitr. l. si Prætor, iusserit 75.* ibi: *Alioquin lusoria erunt huiusmodi dicta, et decreta Prætorum, ff. de iudicijs*, & non debet calcari iudicis authoritas, aut processus, vt ait *Baldus in leg. qui crimen 3. numer. 14. C. de ijs, qui accus. non poss.*

3 Secundò, quia quod solemniter inchoatur, solemniter est per sententiam finiendum, vt docuit glossa celebris in *l. proinde 25. §. notandum, verb. Æstimandæ in fin. ff. ad leg. Aquil.* quam notat, & prosequitur *Franciscus Curt. in additione ad Alexandrum in l. vinum 22. nu. 22. ad verbum. Fallit, ff. si certum petat.* Ergo via ordinaria semel inchoata, per sententiam ordinariam est finienda.

4 Tertiò, quoniam qui habet duas vias, & ex illis vnam eligit, illa sibi patere debet, etenim alter videtur renunciare, *l. si mulier 21. §. vltimo in fine ff. quod metus causa, leg. si creditores hæreditarij 5.* ibi: *Sed et, quod semel postulauerunt, stare debent, ff. de separationibus, leg. cuius bonis 9. ff. de curationibus furioso, & alijs. Faciunt tradita ab Antonio Gabriele lib. 2. comm. tit. de actionibus, concl. 2.* præsertim *nu. 10.* Ergo, qui cum posset agere via executiua, eligit ordinariam, executiuæ videtur renunciasse, & procedere debet ordinariè, quam sibi patere voluit, non regredi ad executiuam, quam sibi occlusit.

5 Contrariam sententiam quinimò etiam si creditor elegerit agere contra suum debitorem via ordinaria, & cęperit illa agere, posse illum regredi ad executiuam, si tamen reo reficiat expensas litis ordinarię, & illi agenti via executiua non obstare exceptionem litis pendétię, tuentur *Paz in prax. 1. tomo 4. par. cap. 1. num. 2. et cap. 3. numer. 31. Rebuffus tomo 1. in Constit. Regi tractat. de literis obligatoriis, articul. 6. glos. 3. numer. 7. Parladorius*, sibi non constans, *dict. cap. fin. 5. par. §. 4. num. 4.* vbi tamen agens de confessione rei post datum libellum, & iudicium cęptum via ordinaria ait, posse executioni mandari, *Felicianus de censibus tomo 1. libr. 3. capit. 2. numer. 9. Gutierez libro 3. practicarum quæst. 39. inter limitationes, num. 7. Rodriguez de executione, cap. 6. numer. 2. versic. In posteriori verò, Paz de tenuta, capitul. 21. ex numer. 6. Volano in Curia Philippica, 2. part. §. 1. ex numer. 2. Villadiego in Politica capit. 2. numer. 1*...

6 Nihilominus non est recedendum à prædicta resolutione: si enim hæc posterior sententia vera esset, sequeretur inde, posse quemcunque litigatorem, qui cœpit agere refectis reo expensis à lite desistere, & inuito reo, postquam ipse in iudicio comparuit, renunciare instantiæ, nō enim excogitabilis ratio disparitatis. At inuito reo actorem non posse à causa desistere, probant *textus in l. vbi acceptum 31. ff. de iudicijs, et in dict. Auth. qui semel, Codic. quomodo, et quando iudex*, et docent *Abbas Panormitanus in cap. ex tenore 16. de rescript. numer. 2. Antonius de Butrio numer. 2. Felinus numer. 1. Decius num. 1. et 6. Iason. in lege nulli 10. numer. 1. et Cod. de iudicijs, et clarius in l. post quam liti 4. numer. 9. C. de pact. Alexand. ibidem numer. 3. Paulus num. 1. Sicardus numer. 26. et 27.* Neque obstant, quæ pro posteriori sententia considerant, *Paz, Felicianus*, et *Rodriguez*, nam illis omnibus satisfacit latè, & bene *Colerus vbi supra*.

7 Secundus casus est, cùm reus timens, ne conuentio à suo creditore via executiua, præuenit creditorem agens via ordinaria, & contendens sibi competere exceptionem

nem aliquam aduersus instrumentum executiuum, vel sententiam obtinentem vim rei iudicatę, petit, sic declarari a iudice, quod facere potest, *leg. si contendat 29. & ibi gloss. & Doctores, ff. de fideiussor. Anton. Gomez tom. 3. variarum capite 1. numer. 20. Paz in praxim. tomo 3. capite 9. §. 2. Auendanus in leg. 4. & 5. titulo, De las excepciones, numer. 50. in fine, versiculo, Et nota, Cartarius decis. 20. ex numer. 1.* In hoc casu dicendum est, non impediri viam executiuam postea intentatam à creditore: sed esse prosequendam contra debitorem, exceptione litis pendentiæ non obstãte. Ita sentiũt *Baldus cons. 261. primo quaeritur, ex numer. 1. volumin. 1. Angelus in lege 4. §. condemnatum, numer. 4. ff. de re iudicat. Afflictis decis. 30. & decis. 31. Molina in annotationibus ad suos libros, de primogenijs, n. 16. versic. Quibus adijcitur, Canarius de executione instrumentorum, quaest. 51. numer. 90. in principio, Azevedus in l. 1. numer. 142. & 143. titul. 21. libro 4. Recopil. Parladorius libr. 2. rer. quotidianar. cap. fin. 5. par. §. 13. ex num. 22. Giurba decis. 100. ex num. 3. Cartarius decis. 2. ex num 3. & decis. 13. Cancer. Variar. resolut. 3. par. cap. 3. ex numer. 19. Graffis de exceptionib. in praeludio ex numer. 56.* Probatur, quoniam non debet esse in potestate debitoris fraudare creditorem, auferreque illi viam executiuam quaesitam ex instrumento sui contractus, interueniente eiusdem debitoris consensu, & voluntate, hanc enim fraudem iura non permittunt, *l. ne in potestate 31. l. si quis rem 35. ff. de recept. arbitr. cap. vltimo de rescriptis*. Neque debet alteri, per alterum iniqua conditio inferri, *lego non debet 74. ff. de reg. iur. Barbosa axiomate 22.* præsertim contra fidem contractus, aut authoritatem sententiæ.

8 Ampliã prędictam resolutionem, vt etiam si lis ordinaria à debitore suscitata pendeat coram alio iudice, vt si reus coram Ecclesiastico iudice prætenderet, contractum esse vsurarium, nihilominus non sit suspendenda, aut retardanda via executiua mota à creditore coram sæculari, ob exceptionem litis pendentię coram Ecclesiastico. Ita sentit *Angelus in dicto §. condemnatum, numer. 4. Ripa numer. 29. Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re iudicat. in declaratione legis Regni, quaest. 5. num. 25. Afflictis d. decis. 30. Parladorius vbi supra num. 23. Auendanus in l. 4. & 5. tit. De las excepciones, numer. 31. versic. Quarto fallit, in fin. Barzius de guarentigia, 3. part. quaest. 2. Canarius de executione instrumentorum, q. 52. num. 91. Rebuffus tom. 1. in constit. Regi, tract. de literis obligatorijs, art. 2. gloss. vnic. num. 22. Mascardus de probationibus vol. 2. conclus. 687. exceptio nullitatis, num. 13. Giurba d. dec. 100. nu. 7. Gratianus discept. forens. vol. 1. c. 118. num. 43. Graffis de exceptionib. in praeludio, num. 60. Rodriguez de executione, c. 6. nu. 21.* Quæ ampliatio probatur eadem ratione, qua superior resolutio.

9 Ex quo venit reijcienda eorum sententia, qui contra hanc ampliationem crediderunt, obiecta à debitore exceptione litis pendentiæ coram Ecclesiastico super iniustitia contractus, contendente illo esse vsurarium, & illicitum, supersedendum esse coram laico processum executiuum factum virtute instrumenti à creditore. Inter quos sunt *Franc. Marcus dec. 44. n. 4. 1. par. Viuius dec. 304. num. 1. Mastrillus dec. 157. ex num. 6. & in specie nu. 41. Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. p. c. 2. ex num. 11.* nituntur enim falsis fundamentis, & inualidis.

10 Limita tamen primò huius casus resolutionem, si exceptio, quam opponit debitor coram iudice, antequam contra eum petatur executio, contineatur in ipso instrumento exequendo, vel constet ex illo: nam eo casu non poterit creditor petere postea executionem eiusdem instrumenti, sed supersedendum erit in exequendo. Ita sentit *Canarius de executione instrument. quaest. 51. numer. 90. in fin. Cartarius decisio. 20. ex numer. 14.* Ratio est, quia cùm exceptio contineatur in instrumento, vel ex eo constet, non minus est guarentigiata exceptio, quàm actio; nec minus meretur executionem, vt docuit *Baldus in leg. ex ijs prædijs 5. numer. 1. Cod. de euiction. argumento leg. eum, qui ita 56. §. qui ita, el 1. ff. de verb. obligat. Antonius de Canario de execut. instrument. quaestio. 26. numer. 56. 57. & 58. Seraphinus de priuileg. iurament. priuileg. 77. numer. 31. versicul. Decimoquinto, & vltimo, Cartarius decisio. 20. num. 15. Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. final. 5. part. §. 11. numer. 26. & 27.* Ergo quemadmodum instrumentum executioni mandatur pro actore contra reum, ità debet mandari pro reo contra actorem. Ac proinde quando potest iudicium debitoris creditor vult, instrumentum executioni mandari contra ipsum, non erit locus executioni.

11 Limita secundò, attento iure Neapolitano, iuxta quòd debitor veritus, ne creditor vtatur contra ipsum via executiua virtute instrumenti, potest illum præuenire, allegans, contractum instrumento contentum esse vsurarium, vel nullum, aut rescindendum ob illatam vim, vel metum, vel ob enormem læsionem, aut se satisfecisse. Qua præuentione facta non poterit creditor postea procedere via executiua contra debitorem, nisi finito primum iudicio præuentionis. Ita statuitur *in Ritu 168. Ritu 189. Ritu 196. & notat Carauita in dict. Ritu 168. ante numerum 1. versiculo, Secundo nota, & ad ritum 186. in principio ad Ritum 189. ex numer. 1. & ad Ritum 190. per totum. Anibal Droisius ad eosdem Ritus, & Franciscus Scaglionus ad Ritum 166. ex numer. 59. Muscatellus in prax. lib. 2. part. 1. glossa in forma, ex numer. 78. & in practica fideiussoria, 4. part. quaest. 8. ex numer. 5. Franciscus Antonius de iudice, Roberto de liquidationibus instrumentorum, consideratione 4. ex num. 58. Bernardinus Pandus de præsentatione, & executione instrumentorum, 4. par. declaratione 19. ex numer. 110.* Eruditissimus amicus noster *Aloysius Riccius collectanea 460. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. 2. principalis, rubr. 2. num. 2.*

12 Sublimitata primò dictam secundam limitationem, vt nisi præuentio fiat solemniter præstita fideiussione de soluenda debitum, & pœnam decem vnciarum, in casu succumbentiæ in causa præuentionis, non possit ipsa præuentio impedire viam executiuam creditoris neque vllum habitura sit effectum. Ita statuitur *in pragmatica Malitijs litigantium, vnica, de præuentione moderanda*, vbi notat *Rouitus ex numer. 1. Afflictis decis. 137. Maranta cons. 31. Muscatellus vbi supra, Riccius d. collect. 460. Viuius dec. 204. ex num. 1. Carauita ad Ritum 189. ex num. 4. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. principalis, Rubrica 2. nu. 10. Nouarius ad pragmaticas Regni Neapolitani collectanea 193. in principio*.

13 Amplia sublimitationem, vt ista fideiussio requiratur pro forma præuentionis, & sit præstanda, etiam si a creditore non petatur hanc ampliationem probant verba prædictæ pragmaticæ vnicæ, vbi verbum, *Nisi*, quod importat conditionem arguit, fideiussionem requiri pro forma, vt pluribus prosequitur *Carauita in pragmatic. §. ad S.C. Macedonianum, §. 10. ex numer. 4.* vbi multos allegat, & sentiunt *idem Carauita in d. Ritu 189. numer. 6. & 7. Maranta cons. 31. Freza de præsentatione instrumentorum, parte 9. quaest. 3. ex numer. 12. Franciscus Antonius de iud. Roberto de liquidationibus instrumentorum, dicta consideratione 4. nu. 59. Galterius in pragmatica instrumentaria, 3. par.*

par. 2. principalis, Rubric. 2. ex num. 13. Rouitus in dict. pragmat. vnic. nu. 4. de preuent. moder. in simili tradit Surdus dec. 57. num. 4. ex vers. Magis tamen.

14 Quare improbanda est eorum sententia, qui crediderunt, prædictam fideiussionem non debere præstari, nisi petatur, inter quos sunt Troisius in d. pragmatica vnica, nu. 4. de praeuent. moder. Bernardinus Pandus de præsentation. instrument. 4. part. numer. 118. & in simili Gurba decis. 103. numer. 13. Quamuis enim verissimum sit id, quod nos etiam probauimus priore tom. titul. 1. disput. 2. quæst. 7. sect. 1. numer. 797. cum multis allegatis, & tradit Franchis decis. 487. num. 9. post multos, requiri petitionem, vt effectum habeat, quod lex fieri præcipit, id tamen locum nō habet, quoties lex requirit aliquid pro forma, tunc enim ille, qui ex actu se iuuare vult, debet legis formam obseruare, etiam si pars aduersa nihil petat, alioqui non consequuturus legis beneficium ex actu inualido, & nullo.

15 Secundo sublimita dictam secundam limitationem, si fuerit renunciatum præuentioni tempore contractus: nam tunc præuentio subsequuta non operabitur. Ita Carauita ad Ritum 168. num. 1. Preza de præsentatione instrument. 9. par. quæst. 1. ex num. 35. Franchis decis. 670. numer. 3. Vrsill. ad Afflict. decis. 387. num. 2. Galter. in practica instrumentaria, 3. par. 2. princ. Rubric. 2. nu. 26. Nauar. ad pragmat. Regn. Neapolit. collect. 193. nu. 2. in fin. Et ex eo probatur, quod quilibet potest iuri in fauorem suum introducto renunciare, l. si quis in conscribendo 29. C. de pact.

16 Amplia istam secundam sublimitationem, vt procedat, etiam si impetretur absolutio, seu relaxatio iuramenti adhibiti in contractu, in quo fuerit dicta renunciatio præuentionis; nam nihilominus renunciatio suas vires non amittit, & prodest creditori ad petendam executionem ex instrumento, præuentione non obstante. Ita sensit, & decisum refert Franchis decis. 670. & ad eam notat Riccius, & collectan. 152. & 460. Antonius Gagliardus tractat. de absolutione à iuramento, §. 3. ex numer. 38. ad 46. Carraba singular. 86. Galterius vbi supra numer. 27. & 28. Nauarrus in dict. collectanea 193. numer. 3. Ratio est, quia adhuc impetrata absolutione à iuramento adhibito in contractu, per iuramentum confirmato, contractus ipse suas vires non amittit, neque pacta illi adiacentia, sed ex illo manet creditori ius integrū. Absolutio enim, seu relaxatio iuramenti solum operatur, vt possit absque periurio agere, qui iuramento fuerat obstrictus ad non agendum, quoniam iuramenti absolutio solum impetratur ad effectum agendi. Explicat optimè Gagliardus vbi supr. Thesaurus dec. 165. nu. 9. dixi priore tom. tit. 1. disp. 2. quæst. 4. num. 210. in fin. & num. 213.

17 Sublimita tertio, si præuentio fiat eo tempore, quo venerit, & cesserit dies solutionis obligationis habentis paratam executionem, nam tunc tarda ista præuentio non operatur, neque impeditur per eam obligationis executio. Ita statuitur in pragmatica 47. capite 1. de offic. magistri iustitiarij, quæ in nouissima compilatione est pragmatic. 44. incipit Audiuimus, notant Muscatellus in prax. libro 2. par. 3. gloss. in forma, numero 78. Constantinus Papa, apud Carauitam ad Ritum 186. in additione.

18 Sublimita quarto, vt præuentio non habeat effectum impediendi executionem, si eadem die, qua petita sit executio, facta fuerit preuentio: hoc enim casu via executiua non impeditur. Hæc sublimitatio, præter quam quod est consequens ex præcedenti, statuitur in Ritu 186. vbi notat Carauita ante num. 1. & numeris sequentibus, præsertim num. 6. in fin. Afflictis decision. 387. Franciscus Antonius de D. Thoma Carleualij de Iudicijs. Tom. II.

liquidationibus instrumentor. consideratione 4. num. 58. Bernardinus Pandus de præsentat. & execut. instrumentor. 4. par. declaratione 19. num. 120. Muscatellus dict. glossa in forma, nu. 86. cum sequentibus, Galterius in praxi instrumentorum, 3. par. 2. princip. Rubrica 2. num. 4.

19 Sublimita quinto, vt præuentio debeat fieri in Magna Curia Vicariæ, ad hoc vt per illam possit impediri liquidatio instrumēti, & eius executio. Nam si facta fuerit in alijs Curijs, nullius erit roboris, & momenti, & non impediet liquidationem: excepto vno casu, videlicet, si Clericus creditor, quo casu poterit à debitore fieri præuentio in Curia Ecclesiastica, & valebit ad impediendam liquidationem. Ita statuitur in Ritu 190. & ibi notat Carauita in principio, & Maranta consilio 31. numer. 6. Qui Ritus fortassis ortum habuit ex consuetudine Regni Franciæ, quam commemorat idem Carauita nu. 1. & Gulielmus Benedictus in repetit. capitul. Raynutius verb. Et vxorem nomine Adelasiam decisione, 2. numero 126. de testamētis, vt videlicet quoties agitur de rescindendo, aut cancellando instrumento facto à Notario publico, aut Regio, debeat agi coram iudice Regio. Animaduerti autem oportet, circa prædictum Ritum 190. si Clericus faciat præuentionē in Curia sæculari, ibi præstaturum cautionem, vt notat Minadous decis. 4. & Nouarius ad pragmatic. Reg. collectan. 193. num. 4.

20 Sed hunc Ritum de generali consuetudine huius Regni non seruari, testatur Carauita dicto numero 1. & correctum esse autumat per pragmat. 1. de præuentione moderanda, quæ præuentionē permittere videtur coram quocunque iudice, idem de non vsu contestatur Ioannes Franciscus Scaglionus, ad Ritum 166. numero 59. Ego existimo, prædictum Ritum 190. ortum habuisse ex Ritu 54. in quo dicitur, fuisse præeminentiam Magn. Cur. Vicar. vt cognosceret, liquidationibus instrumentorum, de qua nullam aliam Curiam potuisse cognoscere vt notat Carauita ad prædictum Ritum 54. numer. 1. Tapia ad Ritum 166. glossa 1. ad verbum, Item quòd si debitores, versicul. Adde, quòd præsentatio, & ad verbum dictis Curijs, numero 6. libro 3. Iur. Neapolitan. Rubric. 45. cùm autem decens non esset, vt impediretur quis agere super liquidatione Mag. Cur. superius Tribunal, ob præuentionem factam in Curijs inferioribus, statutū est, vt præuentio, quę Magnam Curiam impeditura erat, nè procederet ad liquidationem, fieret in ipsa eadem Mag. Curia. Sed nunc cùm ille Ritus 54. aut ob priuilegia Baronibus indulta, quibus communicata sunt priuilegia Magn. Cur. Vic. vt notat Tapia vbi sup. aut ob vsum contrariū introductum, sit abrogatus, prædictus quoque Ritus 190. qui ex illo originem duxit, non seruatur, sed præuentiones, fiunt in omni Curia differenter, quemadmodum in omni Curia fiunt liquidationes.

21 Sublimita sexto, vt exceptio præuentionis suspendat liquidationem instrumenti, donec durauerit prima instantia præuentionis: at pro lata sententia in causa præuentionis, si ab ea appelletur, & causa introducatur in Tribunal superius, pendente appellatione non sit amplius supersedendum in liquidatione, sed instrumentum vires reassumat non vlterius impeditum, & possit appellatione in causa preuentionis nō obstāte, liquidari. Hanc sublimitationem tradit Muscatellus in practica fideiussoria, 2. par. quæstio 8. num. 29. & 30. quem sequitur Galterius in practica instrumentaria, 3. part. 2. principal. Rub. 2. numero 24. Rationem reddunt, quia suspensio viæ executiuæ, & liquidationis fundabatur in illa fideiussione de soluendo debitum, & pœnam, iuxta pragmatic. vnicam, de

 præuent.

Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, ib.

9 *Exceptiones, quæ simul possunt proponi per viam actionis, non sunt perpetuæ, sed temporales.*

10 *Quando remedium potest proponi etiam per viam actionis, potest iure imputari ei, cui competit, cur non egerit.*

11 *Nullitas potest proponi per viam actionis, & per viam exceptionis, & sic videtur esse temporalis proposita per viam exceptionis.*

12 *Omnis reus, qui habet exceptionem potest ea uti per viam actionis.*

13 Textus in leg. nam postea, §. si minor, ff. de iur. iurand. *explicatur.*

14 *Multi dicunt, prædictum textum non loqui de exceptione, sed de replicatione.*

15 *Exceptio postquam nata est, est perpetua, tamen eius nativitas potest impediri statuto tempore.*

16 *Exceptio aliquando identificatur cum actione, & tunc exceptio est temporalis, sicut actio: aliquando differunt, & tunc quamvis actio sit temporalis, exceptio est perpetua.*

17 *A regula generali, exceptiones esse perpetuas excipitur restitutio in integrum, & querela inofficiosi testamenti.*

18 *Non rectè sumitur argumentum à remedio restitutionis, aut querela ad remedium nullitatis.*

Interpretatio pragmatic. 77. cap. 21. de offic. S. R. C. *ib.*

19 *Casus nullitatis propositæ per viam exceptionis non comprehenditur sub dispositione prædicta* pragm. 77. in c. 25. *ubi statuitur tempus proponendis exceptionibus contra sententias, ad impediendam executionem.*

20 *Quando proponatur nullitas per viam actionis.*

21 *Nullitas proposita per viam actionis non impedit executionẽ, sed pendente processu nullitatis sententia, vel instrumentum mandantur executioni contra debitorem.*

Nullitas, quæ proponitur agendo requirit processum, & viam ordinariam iudicij, ib.

Antequam proferatur sententia non potest habere executionem, ib.

22 *Iniquum esset, ut debitor posset fraudare creditorem, & auferre illi viam executivam.*

23 *Nullitas proposita per viam actionis, quæ constat ex actis in promptum impedit executionem.*

24 *De iure Neapolitano nullitas proposita per viam præventionis servata forma Regiæ pragmaticæ contra contractum, aut instrumentum impedit executionem.*

25 *De stilo S. Cons. quamvis allegetur per viam actionis, nullitas contra sententiam, si constat ex ipsis actis impedit executionem.*

26 *De iure Neapolitano non potest dici de nullitate duarum sententiarum conformium.*

27 *Restitutio in integrum, neque est propriè actio, neque exceptio, quamvis utroque modo proponi possit.*

28 *Restitutio proposita incidenter, per modum exceptionis contra executionem sententiæ, cuius iustificatio constat ex actis, impedit executionem sententiæ.*

29 *Si læsio, quæ iustificat restitutionem non constat ex actis, aut non probatur in continenti, sed requirit altiorem indaginem, non potest admitti in via executiva exceptio restitutionis.*

30 *Æquivocatio Doctorum de hac re.*

31 *Quidam credunt, restitutionem peti non posse post cœptam viam executivam.*

Restitutio incidenter, & per viam exceptionis peti non potest, nisi cœpta executione, ib.

32 *Notatur lapsus* Ioannes Vincentij de Anna, & Rovitii, *cir-D. Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II.*

ca tempus petendi restitutionem.

Quando executio dicatur cœpta, vel perfecta, remissive, ibidem.

33 *Detegitur æquivocatio Doctorum, circa petitionem restitutionis, & vim eius suspendendi executionem, & explicatur, quod videantur loqui de restitutione petita per viam actionis, non de petita incidenter, & per viam exceptionis, & num. 34.*

35 *Restitutionem non posse obijci in via executiva, tanquam exceptionem, multi sentiunt.*

36 *Reprobatur prædicta sententia, & ostenditur, restitutionem obijci posse in via executiva, etiam stante statuto reijciente omnes exceptiones.*

Restitutio nunquam censetur sublata, nisi expressè prohibeatur, ib.

37 *Explicatur* l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. Castellæ.

38 *Restitutio proposita per viam actionis si constat ex actis, aut in continenti, impedit executionem, si verò petit altiorem indaginem, non impedit.*

39 *Restitutione petita in omni casu supersedendum in executione contra Bart. qui senserint.*

Probat ex textu in l. unica, Cod. in integrum restitutione postulata, *ibid.*

40 *Ob præsumptam calumniam sententia mandatur executioni, restitutione etiam in integrum postulata.*

Exceptio firmat regulam in contrarium, ib.

41 *Restitutio est similis appellationi.*

42 *Petitio restitutionis postquam executio cœpta est, non impedit, quin perficiatur executio.*

43 *Petitio restitutionis contra executionem cœptam, non impedit iam facta, neque illa retractat, sed tamen impedit facienda.*

44 *Restitutio calumniosè petita non impedit executionem.*

45 *Restitutio petita contra sententiam Principis non impedit executionem.*

46 *Restitutio petita impedit executionem actus irretractabilis.*

47 *Restitutio regulariter petitur per viam actionis in S.C. Neap. contra sententiam.*

Læsio in eodem S.C. quæ iustificat restitutionem petitam probari debet ex eisdem actis nulla admissa exteriori probatione, ib.

48 *Reijcitur limitatio quorundam, ut videlicet restitutio petita contra sententiam assistentiæ, non impediat executionem.*

49 *De iure Castellæ nullitas non potest opponi contra sententias Tribunalium superiorum, à quibus non potest supplicari, & quid si petatur contra sententias, à quibus potest supplicari?*

50 *Idem statuitur de remedio restitutionis.*

DISPVTATIO XVI.

Vtrum executionem impediat allegatio nullitatis, aut restitutionis in integrum.

1 PRimũ agemus de nullitate, posteà de restitutione in integrum. Nullitas autem opponi potest contra sententiam, & instrumentum, aut tempore, quo cœpta est, aut cominata executio, tanquam exceptio eam impediens: aut antequam fiat executio, tanquam

actio ad impediendam executionem, quæ timetur. Quos casus oportet distinguere, vt possit haberi certa resolutio.

2 Primus igitur casus est, cùm nullitas objicitur sententiæ, aut instrumento post cœptam executionem ad impediendum eius cursum, aut obtinendam victoriam, vt in casu, quo executio, & captura pignorum fieret sine citatione rei, vt fit in Castella virtute cuiuslibet instrumenti guarentigij, vt dixi *hoc titulo disputatione 1. numero 27.* & in Regno Neapolitano virtute obligationis apud acta, vt dixi supa *titulo 2. disputatione 8. numero 38. & in dicta disputatione 1. eodem numero 27.* vel objicitur nullitas eo tempore, quo expeditum mandatum de parendo virtute sententiæ, aut præceptum desoluendo cum comminatione executionis virtute instrumenti guarentigiati, ad impediendam ipsam executionem. Quibus temporalibus nullitas obiecta planè objicitur per modum exceptionis. Et hoc casu distinguẽdum est. Aut nullitas obiecta constat ex actis, vel potest in continenti probari, & impedit, seu extinguit executionem. Etenim quod nullum est, nullum potest habere effectum. *l. 4. §. condemnatum. ff. de re iud. l. non putauit 8. §. non quemis. ff. de bonor. possessor. contra tab. l. non dubium 5. C. de legibus, leg. si aut nullum 4. C. de legitim. hered. cap. illud 8. de iure patron. cap. non præstat 52. de regulis iur. in 6. Decius in c. in literis 9. numer. 16. de offic. & potest. iudic. deleg. Rolandus consil. 59. num. 3. volum. 3. Gail. obseru. pract. libr. 1. obseruat. 113 num. 2.* Aut nullitas proposita, vt constet, & probetur requirit altiorem indaginem, & non impediet executionem sententiæ, aut instrumenti: quia in via executiua non admittuntur exceptiones requirentes altiorem indaginem, *Bart. in d. l. 4. §. condemnatum, num. 3. Roman. cons. 76. num. 3. Bellonus commun. opinion. liter. E. verb. Exceptiones, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 5 num. 15. & quæst. 11. numer. 22. Gail vbi supra numer. 11. Contardus in lege vnica, limitatio 7. num. 26. 61. & 62. C. si de moment. possess.* cum multis, quos allegat. Hanc resolutionem amplectũtur *in dicto §. condemnatum, Bart. ex num. 2. Angelus numer. 2. & 3. Cumanus ex numer. 2. Paulus num. 2. Imola num. 9. Alexander num. 4. & 5. cum sequentibus. Iason. ex numer. 5. Zasius ex num. 4. Ripa num. 10. & 11. Baldus in l. 1 num. 1. & 2. Salicetus num. 5. C. nè liceat in vna, eademque caus. tertio pronoc. Couarru. in pract. capit. 24. numer. 6. & capit. 25. in princip. Anton. Gabriel libr. 2. commun. titul. de exceptionib. concl. 4. Afflictis decis. 283. idem Baldus in l. ab executione 5. num. 8. C. quorum appellat. non recipi, Philippus Franchus in cap. dilecto 63. ex numer. 26. de appellat. Rota decision. 3. de exceptionibus, aliàs decis. 280. in nouis, & decis. 5. de litis contestatione, aliàs 340. in nouis, Socin. regula 163. in princip. & versic. Primo fallit. Lancellot. de attentatis, cap. 17. numer. 93. Vantius de nullitatibus, titul. quot. & quibus modis nullitas in iudicio propon. num. 32. Contardus in dict. limitat. 7. ex numer. 27. & ex numer. 56. Rebuffus tom. 1. in Constit. Regi, tract. de sententijs executorijs, artic. 7. gloss. 10. numero 3. & 4. Ioannes Garcia de expensis, & meliorationibus, capit. 24. ex numer. 11. in fin. Minsyngerius singul. obseruat. centur. 4. obseruat. 64. Vrsinus libr. 2. commun. opinio. opinione 197. nullitas. Scaccia de appellationib. quæst. 19. remed. 1 conclus. 5. numer. 4. & ex num. 23. & numero 34 Giurba decis. 100. num. 8. Intriglialus decis. 10. num. 6. & 7. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 1. quæst. 10. num. 29. circa fin. Cencius de censib. 2. par. cap. 2. quæst. 4. art. 1. num. 8. Argelius de acquir. possess. quæst. 2. artic. 1. ex num. 69. Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. par. §. 1. nu. 11. & 12. 5. par. §. 11. num. 11.* ac proinde aduersus executionem, hac exceptionem, nullitatis existimat admittendã. Item *Auendanus in l. 4. et 5. tit. De las exceptiones, num. 26. Azeuedus in l. 1. num. 91. tit. 21. lib. 4. Recopilation. Rodriguez de executione, cap. 6. num. 6. & nu. 17. Colerus de processibus executiuis, 4. part. cap. 1. ex num. 134. & num. 154.*

3 Nota tamen secundam prædictæ resolutionis partem, nempe quod nullitas requirens altiorem indaginem, non impediat executioem, varijs modis limitare *Cumanum, Alexandrum, Iasonem, Zasium*, qui referunt quosdam casus, in quibus nullitas suspendit executionem, etiam si requirat altiorem indaginem.

4 De iure communi tunc dicitur nullitas probari in continenti, cum vel constat ex actis, & instrumentis sine vlla extrinseca probatione, aut cum in continenti, idest intra terminum summarium, & breuem, quem patitur via executiua, probari potest, & sic offert condemnatus, vel per instrumentum obligatus, in continenti probare, vt notant prædicti Doctores, & in specie *Ancharranus in Clement. 1. numero 4. de sentent. & re iud. Vestrius in praxi Romanæ Curiæ lib. 8. c. 1. n. 7. & Colerus*, qui latius tractat *de processibus executiuis, 4. par. cap. 2. ex numero 2. & numero 16. & 17. Franchus in repet. cap. dilecto 63. numer. 29. de appellat. post Bart. & Baldum, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 9. num. 19.* nos de verbo, *In continenti*, latè egimus supra *tit. 2. disput. 5. ex nu. 20.*

5 De iure Castellę dicetur nullitas probari in continenti, quando vel ex eisdem actis constat, aut probatur intra decendium, quod conceditur illo iure reis ad probandas suas exceptiones, vt dixi supra, *hoc titul. disputatio 1. num. 29.* Si verò nullitas non probaretur intra decendium, non impediret executionem, notauit *Parladorius libr. 2. rerum quotid. dict. cap. fin. 1. par. §. 1. num. 12. & Rodriguez de executione, cap. 6. num. 17.* Quid vero circa nullitates sententiarum seruandum sit, iuxta ius Castellæ vide *in l. 2. & 6. tit. 17. lib. 4. Recop. & ad eas Azeuedum.*

6 De iure Neapolitano obiecta nullitate sententię impeditur executio; si nullitas constat ex ipsis actis, sine vlla extrinseca probatione; si verò nullitas egeat extrinseca probatione, executio sententiæ non impeditur. Sic statuitur *in pragmatic. 5. §. 2. quæ in præsenti, de offic. S. R. L.* & ibi notat *Rouitus numero 17. in fine, & num. 18. ibi tamen n. 19. et 20.* eam limitat. Cum qua pragmatica videtur conuenire practica Franciæ, de qua testatur *Rebuffus vbi supra.*

7 Qua re lapsus est *Rouitus dum d. num. 18.* credit, dictam pragmaticam esse conformem iuri communi. Quamuis enim partim cum illo conueniat, partim discrepat. Conuenit quidem, quatenus statuit, nullitatem, quæ constat ex actis impedire executionem: at discrepat, quatenus vniuersim decernit, nullitatem, quæ requiri probationẽ extra acta, nõ impedire executionem. Etenim iuxta ius commune ex communi prædictorum Doctorum sententia, nullitas, quæ potest in continenti probari, etiam si aliunde, quàm ex actis quærenda sit probatio, impedit executionem. Habet autem dispositio prædictę pragmaticę eã decidẽdi rationem, quam considerauit *Rebuff. vbi supra*, videlicet, quoniam quamuis, qui nullitatẽ allegat, habeat ex parte sua paratas in promptu probationes: altera pars aduersa poterit fortassè eas reijcere, & reprobare, & interim potest esse longa mora, quam non est æquum, vt expectet executio. Inde fit, vt executio non retardetur ob nullitates, quæ probandæ sunt per extrinsecas probationes.

8 Attento etiam eodem iure Neapolitano aduertendum occurrit, terminum decem annorum præfixum per

prag-

pragmaticeam 77.cap.21.de offic.S.R.C.quæ in nouissima compilatione est pragmatic.4. de dilationibus, ad proponendam nullitatem contra sententias per viam actionis, correcto quoad hoc iure communi, quod concedebat terminum triginta annorum, non comprehendere casum, quo nullitas proponeretur per viam exceptionis ad impediendam sententiæ executionem; quinimò in eo casu seruanda est generalis regula, vt quæ temporalia sunt ad agendum, sint perpetua ad excipiendum, l.purè 5.§.finali ff.de doli mali, & met.except. l.petendæ 6.C.de tempor. in integr.restit.l.licet 5. Cod.de except.Panormitanus in cap. si autem 9.num.5.Felinus num.6.de rescript.Angelus Aretinus in §.actionum, num.119.in fin.Instit.de action.Negusantius de pignor.5.part.princip.memb.3.1.part.num.35.Thusc. liter.T.concl.27 Ioannes Garcia de nobilitate,glossa 6.§.num. 7.& 8.

9 Sed huic animaduersioni fortiter obstat limitatio solemnis prædictæ generalis regulæ, temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, tametsi non omnibus nota, videlicet eam non procedere, cùm ea, quæ proponuntur ad excipiendum, possunt similiter proponi per viam actionis: tunc enim exceptiones non sunt perpetuæ, sed temporales, & durant pro eo tempore, quo durat actio, non vlterius. Exemplum primum sit in integrum restitutio, quæ & potest proponi per viam actionis, & per modum exceptionis, & tamè etiam si proponatur per viam exceptionis, non potest opponi vltra quadriennium, vltra quod non protenditur restitutio intentata per viam actionis l.vltim.C.de tempor.in integ.rest.ubi Doctores gloss. vltima, in l.Respublica 4.Cod. ex quib.caus.maior.& ibi notant Doctores cap.1.de in integr.restit.in 6. Clement. 1.eod. tit.l.8.tit.19.par.6.l.7.tit.29.par.3. Anton.Gomez tomo 2. variar.cap.14.num.7.Quam limitationem probat textus in leg.nam posteà 9.§.si minor.ff.de iur.iurand. eamque tradunt Bart.ibi in principio, Paulus num.10. Alex.in d.numer. 15 Iason.numer.23 tametsi dubius, item dubius, Bartholomæus Socinus num.7.Cynus in l.superuacuam, vltima, nu.9. C.de tempor.in integr.restitut. Albericus in leg.si quis libertatem 7.num.4.ff.de petit.hæredit.& in l.nec non 28.§.exemplo, ff.ex quib.caus.maiores, Felinus in capitul.si autem 9.nu. 6.colum.2.versic.Procedit ergo de rescript. Guiliem.Rodosnusde reb.Eccles.non alienand.quæst.78.cap.2.num.14.Sforza Oddus de restit.in integ.1.par.quæst.35.artic. 7. ex num. 41. Antonius Gomez tom.2.variar.cap.14.numer.8.Ioannes Garcia de nobilitate gloss.6.§.1.num.7.& 8. Secundum exemplum est querela inofficiosi testamenti, de qua loquitur textus in l.Papinianus 8.§.fin. ff.de inofficioso testament.& in l.nec non 28.§. exemplo., ff.ex quib.caus. maior. vbi querela in officiosi lapso quinquenio, quo proponi potest agendo l.contra maiores 16.C.de inofficios.testament. non potest proponi excipiendo.

10 Ratio autem huius limitationis redditur ab omnibus, quia quando remedium potest proponi tam per viam actionis, quàm exceptionis, potest iure imputari ei, cui competit, cur non egerit, sicut imputatur quando habet actionem, quia in potestate illius est, an, & quando agere velit, & ita remedium illud est temporale. Secus est, quando solum proponi potest per viam exceptionis, quia tunc non potest imputari ei, cui competit, cur remedio suo vsus non fuerit, cum non fuerit in sua potestate, an aduersarius agat, & occasionem ei præstet se defendendi, & suam exceptionem proponendi. Ita fit, vt exceptio sit perpetua, quamuis actio sit temporalis, quæ ratio videtur desumpta ex textu in l.petendæ 6.C.de tempor. in integ. restitut.

11 Cum igitur nullitas sit eius naturæ, vt possit proponi per viam actionis, atque item per viam exceptionis, & per consequens remedium anomalum, videbatur inferri, cùm finiatur decennio proposita per viam actionis, iuxta dictam pragmaticam 77.capit.21.de offic. S. R. C. decennio quoque præludendam viam eam proponendi per viam exceptionis, & non esse perpetuam, vt diximus num.8.

12 Sed mihi displicebat ista solemnis limitatio sic generaliter intellecta, & ratio, qua probatur à Doctoribus. Occurrebat enim ratio probatur contra eam, cui nescio quid responderi possit. Nempe, quòd omnis debitor, seu reus, qui habet exceptionē, potest ea vti tāquā actione, eāque proponere in iudicio, præueniens suum creditorē, eumque ad iudicium prouocans, contendens à iudice declarari, eam exceptionem sibi competere, vt dixi supra hoc titulo disput.14.num.7.& probat textus in l.si contendat 29.ff.de fideiussor. prosequitur vltra citatos à me ibi, Felinus in cap.si autem. 9.num.6.colum.3. versic. Vltimo circa gloss.& ibidem Panormitanus numer. 5.in fin. Decius numero 21.de rescript. Ex quo consequens est, si ob id temporalis debeat esse exceptio, quòd possit per viam actionis proponi, possitque tunc imputari eam habenti, cur non eam in iudicium deduxerit, & per viam actionis proposuerit, vt omnis exceptio sit temporalis, siquidem similiter poterit imputari reo, cur proponens exceptionem suam, actorem, seu creditorem ad iudicium præueniendo, non prouocauerit, & regula illa celebris, quæ temporalia sunt ad agendum, esse perpetua ad excipiēdum, vniuersim erit falsa, & nunquam verificari poterit. Cumque hæc mecum cogitarem, inueni Bartholomæum Socinum in d. l. nam postea 9.§.si minor.nu.7.ff.de iur.iurand. obijcere hanc eandem rationem contra doctrinam Bartoli, & aliorum, & relinquere cogitandum, quasi cui nihil, quod responderi posset, occurreret, quam considerationem latius prosequitur Decius ubi supra. Et gauisus sum, incidisse me in eandem cogitationem, quæ doctissimis, & acutissimis viris venerat in mentem, id quod non semel mihi accidit.

13 Igitur ad prædictum textum in dict. §. si minor. qui totam hanc materiam cōturbat, varijs modis respondent Doctores, quo saluet prædictam celebrem regulam, perpetua esse excipiendum, quæ temporalia sunt ad agendum. Notantes in primis, in integrum restitutionem de qua in prædicto textu sermo est, non peti iure actionis, neque item esse verè exceptionem, sed officio iudicis nobili expediri, quod ipse I. C. planè indicat ibi: Præterea exceptio ista, sine cognitio, quasi corrigēs dictum suum, dum restitutionem vocauerat exceptionem, & appellans eam pro priori vocabulo, Cognitionem, vt ibidem animaduerterunt Scribentes. Quemadmodum etiam querela inofficiosi, neque est actio, neq; accusatio, sed expeditur officio iudicis, vt docet Bart.d.§.si minor, nu.3.

14 Primò dicunt, prædictum textum non loqui de exceptione; sed de replicatione, quæ venit ad coadiuuandum actionem, vt accedit duplicatio ad coadiuuandam exceptionem, & sic, quemadmodum actio temporalis est, ita quoque replicatio est temporalis: non secus, ac duplicatio est perpetua, quia exceptio ab ipsa coadiuuata est perpetua. Ita respondet Accursius in dict.§.si minor, verbo Statutum tempus, quem ibi sequitur Salicetus numero 7. in fin.& num.8.& in l licet 5.numero 1.in fin.C.de exceptionem, & ibi Cynus in fine, & Baldus ante numer.1. Paulus in dicto §.si minor, numero 9. Antonius Butrius in cap. si autem 9num.8. Panormitanus numer. 5. circa finem, Felinus num. 6.co-

6.colum.1.versic.Limita 3.Imola num.4.Decius ex num.28. de rescriptis.

15 Secundo dicunt, exceptionem, postquam nata est, esse perpetuam, verùm eius natiuitatem impediri posse statuto tempore. Quare si minor negligat intra quadriennium restitutionem petere, exceptio non orietur, ac per consequens non poterit esse perpetua, nam non entis nullæ sunt qualitates, *l.eius, qui in Prouincia 41.vers.Quoniam tunc, ff.si certum petat.* Exceptio autem non oritur, neque competit, nisi post obtentam restitutionem, *lege exceptione 7.§.vltim. ff.de exception.gloss. in lege nec non 28.§.exemplo, verb Nacto ff.ex quib. caus. maior, Bart.in dict. §.si minor, in fine principij. Ita idem Bartol. in eod.§.si minor, nu.5.Paul.nu. 9. Fulgosius nu.6.Romanus nu. 17.Socinus nu.7.Antonius Faber in verb.Praeterea exceptio ista in rationalibus, Felinus in d.cap.si autem, d.num.6.versic. Limita 5.de rescript.*

16 Tertio dicunt, exceptionem aliquando identificari cum actione, & non differre ab illa, nam cui damnus actionem, maiori ratione exceptionem concedamus necesse est, *l.1.§.quod autem ait Praetor, ff.de superficiebus, l.inuitus 199.§.cui damus, ff.de regulis iuris.* Et tunc, cùm actio est temporalis, exceptio etiam est temporalis. Secus vbi exceptio differt actione, & non ex eo competit, quòd quis actionem habeat, sed ob diuersam causam, & aequitatem: nam tunc exceptio erit perpetua, quamuis actio sit temporalis, *vt in dict.l.purè, §.fin.ff.de doli mali, & met. exception. Ita Cynus in dict.l.licet in fin.C.de except. Fulgosius in d.§.si minor, num.6.Anton.de Butrio in dict.cap.si autem, num.8.Panormit.num.5.Imola num.4.Decius nu.24.Felinus num.6.vers.Limita 6.& vers.Quare dixit Bartol. eum vers. Sequenti de rescriptis.*

17 Quarto ego considero, quòd *in dict.l.purè 5.§.fin.* statuitur regula regeneralis exceptiones esse perpetuas: quamuis actiones sint temporales, qua regula excipitur restitutio integrum *in d.§.si minor*, limitata praedicta regula, atq; item querela inofficiosi testamenti. In exorbitantibus autem non sumitur argumentum, vt extendatur dispositio de vno casu ad alterum propter identitatem rationis, *l.quòd verò contra 14.l.ius singulare 16.ff.de legib.Bartol.& Romanus in l.si verò 65.§. de viro, ex nu. 1 ff.solut. matrim.Solorzanus de Iure Indiarum, tom.2.libro 2.cap. 21.ex num.41.* Quare non rectè sumitur argumentum à remedio restitutionis, aut querelae, ad remedium nullitatis, vt quod disponitur in primis, censeatur dispositum in postremo. Quemadmodum non rectè colligitur ex eo, quòd petendę restitutioni solum detur terminus quadriennij, *l. vltim.C. de emptor.in integr.restitut.* & quinquennium proponendae querelae inofficiosi, *l. Papinianus 8.§. vlt.ff.de inofficios.testam.l.contra maiores 16.l.si quis filium 24.in fin.Cod.eod.tit.* simili modo proponendae nullitati solum esse concedendum tempus quadriennij, aut quinquennij.

18 Eadem prorsus ratio occurrit in dispositione *d.pragm. 77.cap.21.de offic.S.R.C.* de qua supra *num.8.& 11.* quia, cùm illa sit, non solum exorbitans, sed correctoria iuris communis, vt ipse textus asserit, quatenus coarctat tempus proponendi nullitatem per viam actionis intra decennium, quod de iure communi extendebatur ad triginta annos, nō debet extēdi correcti o, vltrà id, quod in ipsa pragmatica expressum est, neque intellig nda etiam de nullitate, quando proponitur per viam exceptionis. Nam si Legislator ita intelligere voluisset, non adiecisset verba limitatiua: & facilè potuisset exprimere per verba generalia, nullitatem, nisi intra decennium proponi non posse, quae verba comprehenderent vtrumque casum proponendi nullitatem, tam per viam actionis, quàm per viam exceptionis. Quod si id expressit, sed loquutus est solum de nullitate proposita per viam actionis, signum est, noluisse corrigere ius commune in alio casu, quam expresso, *cap.ad Audientiam 12.de decimis, vbi notat Abbas num.2.cap.inter corporalia 2.versic. Vnde si circa, de translat. Episcop.leg. vnica, §. sin autem ad deficientes, C.de caducis tollend.* ibi; *Nam si contrarium volebat, nulli erat difficultas eonunctim ea disponere, Mantica de tacit.& ambig.conuent.libr. 3.tit.1.ex numer.4.Peregrin.de fideicomm.artic.11.numer.33.34.& 35.* etenim quod non mutatur, quare stare prohibetur, *l. sancimus 27. in princ. C.de testam.l.praecipimus 32.in fin. C.de appell. Authent. de administrantib.offic.in fin.*

19 Iuxta idem ius Neapolitanum occurrit secundo aduertendum circa eandem *pragmat.77.de offic.S.R.C.seu 4. de dilationib. in cap.25.* dum statuitur ibi, omnes exceptiones, quae opponuntur aduersus sententias, vel decreta diffinitiua S. C. ad finem impediendi executionem, debere proponi triginta dies ab intimatione sententię, vel decreti, & elapsis praedictis triginta diebus, etiam si opponantur, non impedire executionem: non comprehendi sub hac dispositione nullitatem propositam per modum exceptionis, quae etiam si opponatur post terminum illorum triginta dierum, nihilominus impediet executionem, dummodò constet ex actis, & non sit opus aliunde probari, iuxta dictam *pragmat.5.cap. 2. de officio S.R.C.* Ratio autem est, quia *dict.pragmat. 77. in cap.25.* etiam si posterior loquitur per verba generalia: dicta autem *pragmatic.5.* quae prior est, loquitur specialiter de nullitate. Succedit igitur certissima conclusio, videlicet specialiter statutum derogare statuto, aut legi generali, *l.sanctio legum 41.ff.de poenis, in toto iure 81.ff.de reg.iur.* quae locum habet, siue specialis prouisio subsequatur generalem, & sit posterior, siue generalem praecedat, & sit prior, vt notat *Dec. in d.l.in toto iure, num.7.vers. Et ista conclusio, & n.11.Cagnolus n. 8.Pelaez,* allegat qui plurimos *de maioratib.2.par.quaest.12.numer.1.& 2.(dixi titul. 1.disput.2.quaest.8.section.5.num. 1212.)* Hęc quoad primum casum.

20 Secundus casus est, quando nullitas proponitur per viam actionis. Proponitur autem per viam actionis, quādo nulla mota lite ab alio creditore, aut actore super executione sententiae, aut instrumenti, neque petita executione, reus ipse, aut debitor obligatus ex sententia, aut instrumento, petit, sententiam, vel instrumentum declarari nulla, mouens ipse prious litem, aduersariumque praeueniens nondum prouocatus. Vel quando facta iam executione, & quiescente aduersario, qui eam obtinuit, victus proponit nullitatem sententiae, aut instrumenti executorum, cōtendens, omnia reuocari debere. Etenim animaduertere oportet, nullitatem non esse propriè exceptionem, vt notat *Grassis tract.de exceptionib.except.26. nu.3.* qui plurimos allegat, non enim venit directò cōtra actionem sed contra radicem actionis similis in eo restitutioni in integrum: & sic est remediū anomalum, quod interdum vicem habet actionis, interdum induit officium exceptionis. Proponitur autem tanquam exceptio, quando aduersario agente, & litem mouente reus conuentus opponit nullitatem. Latiùs prosequitur *Scaccia de appell.q.19.remed.1.concl.3.nu.1.& 3.cum seqq.*

21 Hoc autem casu dicendum est, nullitatem non impedire executionem sententiae, aut instrumenti: sed pendēte causa nullitatis à reo mota, sententiam, vel instrumētum esse-

esse executioni mandanda contra debitorem. Hanc sententiā amplectitur Angelus in leg. 1. num. 5. ff. nil nouar. appellat. pend. Baldus in l. si quando 7. num. 5. C. de ordin. cognit. & in l. appellatione 3. numer. 10. C. de appellat. & in leg. vnica, numer. 1. C. ne liceat in vna, eademque caus. Alexand. in l. 4. §. condemnatum, numer. 32. ff. de re iudic. Philipp. Franc. in cap. dilecto 63. numer. 32. de appellat. Vantius de nullitatib. titul. quot, & quibus mod. nullitas, numer. 29. Contard. in l. vnica, limit. 7. numer. 19. C. si de moment. possess. Lancellot. de attent. capit. 17. ex numer. 17. Octauianus Vestrius in praxi Romanæ Curiæ, lib. 8. capit. 1. numer. 7. Socinus regula 163. versic. Primò quando aliàs, liter. E. regul. 13. Canarius de execut. instrum. q. 51. Gutierrez de iuram. confirm. 1. part. capit. 2. num. 29. Azeued. in l. 1. numer. 143. tit. 21. libr. 4. Recopil. Rebuff. tomo 1. in Constit. Regi tract. de sentent. prouisional. in præfat. num. 132. & tom. 2. tract. de rescissionibus contractuum, artic. vnico, glos. 4. num. 7. Giurba decis. 100. num. 1. & 3. Seaccia de appellat. quæst. 19. remed. 1. conclus. 4. ex num. 1. 7. & 24. Rota decis. 3. de except. in nouis, aliàs decis. 280. faciunt quæ congerit Asinius in praxi iudicior. §. 31. capit. 2. ampliat. 11. Muscatell. in prax. libr. 2. part. 1. glossa in forma, numer. 94. Rationem reddit Baldus, & reliqui, quoniam nullitas, quæ proponitur agendo requirit processum, & viam ordinariam iudicij. Viam autem ordinariā non potest excludere, aut impedire viam executiuā: qua via ordinaria desiderat, & expectat sententiam, quia declarentur sententia, vel instrumentum nulla. Ergo non potest statim impedire executionem, quia hoc esset clare effectum, & executionem sententię, prius quàm proferretur sententia, contra regulas iuris communis, l. 1. C. de execut. rei iud. l. si eum nulla 58. ff. de re iudicata.

22 Secundò, quoniam iniquum esset, vt debitor timens, ne conueniretur à creditore, pręueniendo ipsum solum proposita nullitate, & nondum probata fraudaret creditorem, auferens illi viam executiuam, & illum illudens se liberaret à celeri & breui exactione debiti, ad quam se obligauerat, vt dicebam suprà disp. 14. nu. 7.

23 Limita tamen primò huius casus resolutionem, si nullitas sententiæ, aut instrumenti, aut contractus constaret in promptu ex ipsis actis, aut instrumento, aut probaretur incontinenti: tunc enim etiam nullitas proposita per viam actionis impediret executionem posteà intentatam. Hæc limitatio colligitur ex eadem ratione, qua diximus, nullitatem notoriam, quæ constaret ex actis, vel instrumento inpediturā executionem cum proponitur per viam exceptionis, quia similiter militat in hoc casu. Etenim quod constat nullum esse nullum effectum potest operari, l. 4. §. condemnatum, cum similibus ff. de re iudic. Angust. Barbosa axiomate 164. Atque hanc limitationem amplectuntur Anton. Gabriel. libr. 2. communit. tit. de exceptionibus conclus. 4. num. 1. et 2. Octauianus Vestrius in praxi Romanæ Curiæ, lib. 8. cap. 1. numer. 7. vers. Mitigaretur tamen, Contardus in l. vnica, limit. 7. ex numer. 57. et numer. 63. C. si de moment. possess. Seaccia de appellat. quæst. 19. remed. 1. conclus. 4. ex numero 25. et ex numer. 29. et num. 86. planè sentit Afflict. decis. 283. et Anton. de Amato variar. resolut. lib. 1. resol. 36.

24 Limita secundo de iure Neapolitano, si reus, aut debitor facta præuentione solemni, allegat, contractum, aut instrumentum, aut testamentum esse nulla, ac proinde non posse procedi ad executionem eorundem, & præstet cautionem in casu succumbentiæ, seruata forma Regiæ pragmaticæ Malitijs, vnicæ, de præuentione moderanda, nàm eo casu impedietur executio donec finita sit causa præuentionis: iuxta dicta suprà disput. 14. ex numero 11. & dict. pragmat. vnic. & Ritus dicto loco allegatos notat Muscatell. in prax. lib. 2. part. 1. gloss. in forma, num. 94.

25 Limita tertiò de stilo S.R.C. Neapolitani; vbi contra sententiam allegaretur nullitas, esset non seruata forma præuentionis, quæ tamen nullitas constaret ex actis sine vlla necessitate extrinsecę probationis: nam ea nullitas allegata etiam per viam actionis, vt fere semper allegatur impedit executionem. Dixi, vt ferè semper allegatur, nam reus condemnatus subito post prolationem sententiæ, & non expectata petitione victoris pro illius executione, non prouocatus proponit nullitates aduersus sententiam, & sic non opponitur nullitas per modum exceptionis: & eo non obstante, semper impeditur executio, donec declaratur, non obstare nullitates propositas. Hæc autem consuetudo, seu stilus originem duxit a pragmat. 5. ea. 1. de offic. S.R.C. quæ generaliter statuit, quando allegantur nullitates ex eisdem actis, tunc prout iuris ratio expostulat, & vsu receptum est, quousque discutiantur in executione supersedendum. Quæ verba generalia vtrumque casum comprehendunt, siue allegentur nullitates per viā actionis, seu per viam exceptionis. Et vbi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus, l. 3. in fin. ff. de offic. Præsid. l. Imperator 8. §. vltim. ff. de postul. leg. non distinguemus 37. in princip. ff. de recept. arbitr. leg. de pretio 10. ff. de public. in rem act. l. 1. §. quod autem ff. de aleat. l. vltima, Cod. de heredit. vel act. vend. Ludouicus Roman. in leg. si verò 65. §. de viro, numer. 19. ff. solut. matrim. Socinus regula 284. litera L. Thusc. liter. D. concl. 508. & litera L. conclus. 261. Surdus cons. 271. numer. 27. & 28. libr. 2. Castillo de vsufruct. cap. 3. num. 81. & quot. controuers. lib. 4. cap. 14. num. 5. Aug. Barb. axiomate 136. n. 4. Huius autem stili meminit Lancellot. de attentatis capit. 17. numer. 86. & numer. 139. & 140. Afflict. decis. 356. num. 1. Scaccia de appellat. q. 19. remed. 1. conclus. 4. num. 91. Muscatellus in prax. lib. 2. part. 1. glos. nullitatis, numerò 49. Quam eandem consuetudinem seruari Florentiæ restatur Paulus Castrensis in Authent. quæ supplicatio, num. 3. C. de precib. imper. offerent. Decius cons. 103. in princip. & num. 1. Lancellot. vbi sup. nu. 83. Scaccia d. conclus. 4. num. 2. vers. Primò aduertendum, & num. 90. Contardus in l. vnica, limit. 7. num. 23. C. si de moment. possess. Quid autem specialiter statutum sit in Regno Neapolitano circa exceptionem nullitatis obiectæ in via executina intentata pro exactione redituum censualium, vide apud pragmat. 1. de censib. quæ negat, esse admittendas exceptiones nullitatis, & falsitatis, & solum decernit admittendam exceptionem solutionis.

26 Occurrit tandem aduertendum iuxta ius Neapolitanum, non posse dici nullitate duarum sententiarum conformium sub pœna ducatorum sex: esse item impositam pœnam dicentibus de nullitate sententiæ S.C. calumniosè, si succumbant, per pragmat. capit. 3. de offic. S.R.C. quæ augetur per pragmat. 77. capit. 24. quæ hodie est pragm. 4. de dilationibus, in nouissima compilatione, quæ circa nullitates proponendas multa decernit c. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. & d. cap. 24. & in prag. 78. seqq. eod. tit. quæ in nouissima compilatione est pragmat. 5. de dilationib. vide item Muscatell. vbi sup. in tota d. glos.

27 Deueniendo ad secundum caput de restitutione in integrum, Tertius casus est, quando restitutio in integrum proponitur contra executionem per viam exceptionis. Ea enim neque est vera actio, neque exceptio: sed propriè pertinet ad officium Iudicis nobile, quo expeditur, l. quod si minor 24. §. vlt. ff. de minor. l. nam posteà 9. §. si minor, ff. de iur. iurand. & ibi Doctores Fachineus controuers. iur. libr. 12. capit. 17. vers. Ad vltimum, Octauianus Vestrius in praxi

in praxi Romanæ Curiæ, libr. 8. cap. 3. num. 3. post autem in iudicium deduci tanquam actio, & tanquam exceptio: eodem modo, quo de nullitate dictum est; *Bart. Bald. & ceteri in dict. § si minor, Vestrius in dict. cap. 3. numer. 19. Contard. in l. vnic. limit. 8. nu. 60. & 61. C. si de moment. poss.*

28 Igitur in hoc casu, Primò dicendum est, exceptionem restitutionis obiectam incidenter, seu in modum exceptionis contra executionem sententiæ, aut instrumenti, cuius iustificatio constet ex actis, vel possit in continenti probari, impedire executionem sententię, vel instrumenti exequibilis. Ita sentit *Bart. in l. 4. §. cōdemnatum, n. 3 ff. de re iud. in l. si Prat. 75. §. Marcell. n. 4. ff. de iud. & in l. defend. 21. n. 2. & 3. ff. de auth. tut. Bald in l. iudicati 4. n. 4. in fi. C. si ex fals. instrum. Ioann. de Imola in d. §. condemnatum, n. 9. Cumanus numer. 5. Alexand. num. 26. Ias. num. 26. Ripa nu. 30. Zasius num. 14. Alciatus in l. si causa cognita 32. num. 8. & 9. C. de transact. Maranta in speculo aureo, part. 6. tit. de execut. num. 58. Didac. Perez in l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, column. 1111. vers. Vtrum autem, Roderic. Suarez in l. post rem, ff. de re iudic. in declarat. leg. Regni, post limitationes, §. sed pro euidentia, nu. 44. Couarr. in pract. cap. 25. num. 7. Auiles in cap. 10. Pratorum, verb. Execucion, numer. 68. Gutierrez libr. 1. practicar. quæst 134. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 3. num. 9. Ioannes Garcia de nobil. gloss. 6. §. 2. ex num. 17. latissime vsque ad finem eiusdem §. Rodriguez de executione, capit. 6. num. 7. Parlador. libr. 2. rer. quotid. cap. fin. 5. par. §. 11. numer. 53. Afflict. decis. 356. Franch. decis. 86. & decis. 702. Capic. decis. 53. Mastrill. decis. 30. Thesaur. notabili decis. 181. Munsyngerius singul. obseruat. cent. 1. obseruat. 41. Rota diuers. decis. 807. 4. part. Canarius de execut. instrument. quæst. 21. num. 48. & 49. part. Francisc. Marcus decis. 53. ex numer. 9. 2. par. Lancellot. de attentat. cap. 18. num. 118. Contardus in l. vnica, limit. 8. numer. 59. & 62. C. si de moment. possess. Menoch. de adip. possess. remed. 4. num. 910. Sforcia Odd. de restit. part. 1. quæst. 42. art. 6. ex num. 22. & q. 43. art. 6. ex num. 91. & art. 7. ex num. 94 Thusch. lit. R. concl. 293. ex num. 2. Riec. collect. 188. Ceual. in specul. practic. q. 830. ex nu. 16. Trentacinq. libr. 2. variar. tit. de appell. resol. 1. num. 27. & 28. Fachin. controu. libr. 12. cap. 16. Olanus in concordia, liter. E. numer. 24.* Ratio autem est, quia si causa restitutionis constat ex actis, aut probatur in continenti, restitutio concedi debet; concessa autem rescindit contractus, & instrumenta, quare non poterit eorum executio sustineri.

29 Secundò dicendum est, si læsio, quæ iustificat restitutionem in integrum, non constet ex actis neque in continenti, probari possit, sed requirat altiorem indaginem, exceptionem restitutionis non debere admitti in via executiua, neque ob eam impediri, aut retardari executionem, eodem modo, quo de nullitate dictum est superius. Ita docent *Bart. Bald. Ripa. Contardus, Menoch.* & cęteri, qui sentiunt, & exceptionem restitutionis in integrum posse, & debere admitti via executiua, & quibus sunt Doctores Hispani, *numero præcedenti allegati*. Ratio est, quia via executiua est summaria, & breuis; in qua nō admittuntur exceptiones requirentes altiorem indaginem, vt dixi supra *num. 2.* & communiter docent *Scribentes in d. leg. 4. §. condemnatum, ff. de re iud.*

30 Aduersus hanc secundam conclusionem, duobus modis insurgunt Doctores, Alij reprobantes hanc Bartoli doctrinam, & distinctionem; eo quòd credant, petitam restitutionem in integrum, siue in continenti posit constare de eius iustificatione, siue requirat altiorem indaginem, semper suspendere executionem. Sed quoniam loquuntur in genere, & non loquuntur specificè de restitutione in integrum incidenter obiecta per modum exceptionis in via executiua, eorum verba magis adaptantur ad restitutionem in integrum propositam principaliter per viam actionis, ideò eos posteà referemus, cùm agamus de quarto casu.

31 Alij ex eo reprobant istam communem doctrinam, quòd credant, restitutionem peti non posse, post petitam, & cœptam executionem; vt post expeditum mandatum de parendo, iuxta consuetudinem Regni Neapolitani, aut post literas executoriales expeditas, & virtute earum capta pignora, aut decretam eorum venditionem, etiam si executio non sit perfecta. Isti consequenter dicturi sunt, non posse restitutionem in integrum allegari incidenter, tanquam exceptionem in via executiua. Exceptio enim non obijcitur, nisi actione intentata, aut officio iudicis excitato. Et si restitutio tanquam exceptio alleganda est incidenter, debet allegari post petitam executionem, vel cœptam: quoniam eo tempore obijciuntur exceptiones contra executionem, non anteà, quam incipiat; & incidens nunquam cadit, nisi in causa principali cœpta cuius respectu incidens dicitur. Ex istis sunt *Rota apud Farin. 1. part. tomo 1. decis. 370. numer. 2. Puteus decis. 277. die prima Iunij, lib. 2. Seraphinus decis. 777. numer. 12. Benedict. de Barzis tractat. de guarentigia, 3. part. quæst. 21. Canarius de execut. instrum. q. 21. num. 48. Francisc. Marcus decis. 53. numer. 13. circa finem, 2. part.* qui allegat Franciscum Aretinum, apud quem tamen nihil adhunc articulum attinens reperitur, *Scaccia de appellat. quæst. 19. remed. 2. num. 109. Lancellot. de attentat. cap. 18. ex num. 116. Benintendis decis. 85. num. 15. Mastrill. decis. 30. Marescot. variar. resolut. libr. 2. cap. 121. nu. 14. Gratian. decis. 172. ex numero 3. Mantica decis. 219. nu. 3. & 5. Rota diuersorum, decis. 346. num. 6. 1. par. Thusch. lit. R. conclus. 293. num. 8. & 18. Ioannes Vincent. de Anna in repet. cap. 1. de vassall. decrepitæ ætatis, ex num. 239. Rouitus in pragmat. 1. de minoribus num. 25. versicul. Quod procedit, & num. 26. & 28. & decis. 91. num. 22.*

32 Quatenus verò Anna, & eum sequutus Rouitus existimant, hanc doctrinam locum habere in restitutione, quæ petitur post expeditum mandatum de parendo in hoc Regno Neapolitano, quasi petatur post cœptam executionem, quia expedito mandato dicatur cœpta executio, atque adeò sit præclusa via petendæ in integrum restitutioni, falluntur manifestè, & loquuntur contra textum expressum *in l. defendente 21. ff. de authoritate tutor.* vbi postquam Procurator Cęsaris expedierat mandatum de parendo, pro executione sententiæ condemnatoriæ, dicens: *facias iudicata*, nihilominus posteà petita, & concessa fuit pupillo condemnato restitutio. Quando verò executio dicatur cœpta, vel perfecta, tractat eleganter *Bartol. cons. 36. statut. ciuitatis Assisij, vol. 1. & in l. is qui 39. ex num. 2. ff. ex quib. caus. maiores, Bald. in l. consentaneum 8. num. 43. C. quomodo, & quando Iudex.*

33 Ego attentius hæc meditatus existimo, Doctores paulo antè allegatos *numer. 31.* passos maximam æquiuocationem in hoc articulo. Cùm enim dicunt, restitutionem petitam post cæptam executionem, non impedire, nec suspendere cœptam executionem, non videtur agere de restitutione proposita incidenter per modum exceptionis in via executiua, quæ nisi cœpta executionis obijci non potest, vt aduertimus supra *d. numer. 31.* Sed potius loquuntur, aut intelligendi sunt, loqui de restitutione proposita per modum actionis, & principalis petitionis, postquam petita, est, vel cęptá executio. De qua multi probabiliter sentiunt, eo tempore, & eo modo petitam, non suspendere executionem cœptam, prædicti videlicet

dict.

*dict.n.*31.allegati. Multi tamen alij sunt, qui credant veri similius, iudicio meo, ea quæ facta fuerint in processu executiuo tempore petitæ restitutionis, in suo robore mansura, & non reuocanda pendente causa restitutionis; sed tamen acta processus executiui superuentura post petita principaliter restitutionem, vt venditionem pignorum, aut subhastationem, aut possessionem, vel adiudicationem, bonorum executorum nondum prouisa, suspendi, & impediti debere, donec causa restitutionis definiatur. Quos commemorat, & sequitur *Scaccia de appellationib.quæst.*19.*remed.*2.*numer.*72.*in fin.* & *numer.* 110: vbi dicit, esse veram eorum opinionem, & seruari in praxi, *Sforcia Oddus de restit.*1.*part.q.*43.*art.*6.*num.*91.*Lancellot.de attentat.cap.*18.*num.*117.& 118.iuncto *num.* 13.& 14.iterum dicam *infra num.* 43.

34 Non video autem, prædictos Doctores *d. numer.* 31. allegatos loqui in specie de casu quem modò examinamus, videlicet quando restitutio in integrum opponitur incidenter in via executiua aduersus executionem iam cœptam, quemadmodum posset opponi exceptio solutionis, aut compensationis, aut pacti de non petendo, aut aliæ similes, de quo casu in specie loquitur *Contard.in l.vnic.limit.*8.*num.*59.*C.si de moment.possess.* Hæc autem exceptiones in via executiua non opponuntur, nisi post cœptam executionem vt de iure Castellæ, post subhastata pignora capta in causam iudicati, & tempore, quo debitor executioni cœptæ se opponit, vt dixi *hoc titul. disput.*1.*num.*29. De iure communi, & Neapolitano, tempore, quo est expeditum mandatum de parendo, aut præceptum de soluendo cum comminatione executionis, vt dixi *dict.quæst.*1.*num.*36. aut tempore, quo post capta pignora intimatur mandatum de reluendo, aut quo subhastantur pignora, & antè perfectam executionem, tunc enim possunt opponi exceptiones, quæ admitti solent in via executiua, & sic durante processu executionis inceptatæ, & cœptæ, non antea. Quæ exceptiones non impediunt cursum processus executiui vsque ad sententiam, vel decretum vltimum; verùm si probentur, liberandus est reus, & absoluendus ab executione cœpta, restituenda que sunt illi pignora in causam executionis capta. Igitur idem prorsus dicimus de restitutione in integrum opposita incidenter executioni per modum exceptionis, quæ siue constet ex actis, siue in continenti læsio probari possit, id est intra breuem, & summarium terminum processum executiui, intra quem cæteræ exceptiones in via executiua admittendæ, probandæ sunt, impediet executionem, non quidem ita vt processus executiuus sistere debeat, & non progredi vlterius, sed eodem modo, quo aliæ exceptiones executioni obstant, videlicet, vt constando Iudici de læsione, & iustificatione restitutionis obiectæ tempore, quo prolaturus est vltimum decretum viæ executiuæ, debeat concessa restitutione reum liberare, & ab executione absoluere, iubendo, illi pignora capta in causam iudicati, seu executionis, libera restitui, quia executio locum non habuerit; quemadmodum fieret probatis alijs exceptionibus, quæ in via executiua admittendæ sunt. Si verò restitutio, aut quælibet alia exceptio altiorem requireret indaginem, non obstaret viæ executiuæ, quia lapsis summarij iudicij executiui breuibus dilationibus, & exceptionibus non probatis, executio perficitur, illarum allegatione non obstante, & procedendū est ad venditionem bonorum debitoris, & satisfactionem creditoris ex eorum pretio, atque ita intelligendus est Bartolus, & alijs eius sequaces, præsertim Hispani, quos allegaui *supra num.* 28. & 29. quorum sententia expressè sequitur *Scaccia de appellationib.quæst.*19. *remed.*2. *nu.* 67. & 109.*in fin.* qui alios allegat, & *Contardus*, quem supra retuli hoc eodem numero.

35 Verum est, contrariam huic resolutioni sententiam sequutos alios, quinimò restitutionem non posse obijci incidenter tanquam exceptionem in via executiua, stante statuto, in quo reijciatur in executiua exceptiones aliæ præter solutionem, aut falsitatem, aut pactum de non petendo, vt esse solet in multis Ciuitatibus, & est *in Castella leg.*1.*titul.*21.*lib.*4. *Recopil.* iuncta *leg.* 2. *eodem titul.* Vrba *dicta l.*1.sunt: *Mandamos, que contra las obligaciones y contratos, y compromissos, ò sentencias que tengan aparejada execucion, que no sea admittida, ni recibida por nuestros Iuezes, ninguna otra excepcion, ni defension, saluo paga del deudore ò promission, ò pacto de no le pedir ò excepcion de falsedad, ò excepcion de vsura ò temor ò fuerça, y tal, que de derecho se deua recibir; y si otra qualquiera exceptiō se alegare, no sea recibida, ni el que la pusiere sea oido. Y no embargāteotras qualesquiera excepciones, el Iuez proceda á execucion del tal contrato, ò sentencia, y lleuela á deuido effecto.* Ob quę verba reiectam esse exceptionem restitutionis existimarunt *Bald.in l.in causæ*14.*num.*2.& 3.*ff. de minorib.Olanus in concord.antinomiar.lit.E.num.*24.*in fin.* iuncto *numer.* 22. *antecedenti, in fin. Auendañ.in l.*4.& 5.*tit.de las excepciones, ex numer.*44.vbi *numer.*45.late probat *Cancer. variar. resol. part.*2.*cap.*3.*num.*46.& *Parlador.d.cap.fin.*5.*par.*§.11.*n.*54. loquens de restitutione, quæ competit ex alia causa, quàm minoris ætatis. Et ratio est, quia prædicta lex reijcit non solum alias exceptiones, sed defensionem quoque, pro verbo censetur reiecta restitutio, vt prosequitur *Honded.consil.*18.*nu.*85.*lib.*1.post Bartolum, & Alexandrum, quorum sententiam, ait, communiter receptam, & colligitur ex traditis à *Carolo de Graffis de exceptionibus excep.*21.

36 Nihilominus non est recedendum ab ea sententia, quam communissimam credimus, videlicet restitutionē posse obijci incidenter, & tanquam exceptionem in via executiua, etiam stante simili statuto, quam sequuntur multi ex allegatis *sup.numer.*28.& *Canar.*loquens in casu simili statuti *de executione instrument.q.*5 *num.*13.*Honded. dict.consil.*18.*ex num.*82.*lib.*1.qui allegat plurimos, *Fachineus controuers.iur.lib.*12.*cap.*17. *Sforcia Odd.de restit.*1.*p. quæst.*42.*art.*6.*ex num.*22.& in specie *num.*26.*cum seq.* Ratio est, quia remedium in integrum restitutionis nunquam censetur sublatum, nisi expressè prohibeatur, quātumcunque sit generalia statuti verba vt pluribus in eam rem relatis prosequuntur *Honded.* & *Fachineus vbi supra Sforcia Odd.de restit.*1.*par.q.*15.*art.*6.*num.*44.qui dicit, esse magis commonem sententiam, *Contardus in l.vnica, limit.* 8.*ex num.*4.*C.si de moment.poss.*

37 Neque obstat per *d.l.*1. Castellæ sublatam esse defensionem, quo verbo comprehenditur restitutio: nam nisi exprimatur restitutio, non est censenda prohibita, vt prædicti Doctores censuerunt. Deinde quoniam quamuis prædictæ legis verba in principio sint generalia posteà ipsamet lex se restringit, ac limitat, vbi admittit omnes exceptiones, quæ de iure possunt admitti, præsertim iungendo *d.l.*2.*eod.tit.* Ob quam restrictionem Castellani admittunt in via executiua plures alias exceptiones, in *d. l.*1. non expressas, dummodo sint legitimæ, vt pluribus prosequitur *Parlador.* qui latè, sed non ineptè loquitur *in d.cap.fin.*5.*p.*§.11.*ex num.*1.*Paz in praxi,*1.*tom.*4.*p.c.*3. *per.tot.Azeued.in d.l.*1.*ex n.*59.*tit.*21.*lib.*4.*Recop.Orosc.ius in l.tale pactum* 40.*in princ.nu.*42.& 43.*ff.de pact.*consonat *Coler.de process.executiu.p.*4.*c.*1.*ex num.*51.

38 Quan-

38 Quartus tandem casus est, cùm restitutio petitur, & in iudicium deducitur per modum actionis, & principaliter dum allegatur à reo contra sententiam, aut instrumentum antequam creditor petat executionem, vel post perfectam executionem. Quo casu *Bart. in d. l. 4. §. condemnatum, num. 3. ff. de re iud.* & alijs locis allegatis *suprà nu.* 28. & Doctores illum sequuti vtuntur eadem distinctione superius adducta, videlicet, vt si restitutio possit iustificari probata incontinenti læsione, aut constet ex ipsis actis, aut instrumento, impediat petitio restitutionis executionem, & viam executiuam, ne possit creditor ea vti virtute sententiæ aut instrumenti, nisi post expeditũ processum restitutionis, & ea non obtenta. Si verò postulet altiorem indaginem, non impediat executionem sententiæ, aut instrumenti. Et hęc sententia, cuius sectatores refert *Sforcia Odd. de restitut. 1. part. q. 43. art. 4. nu. 63.* habet maximam æquitatem. Iniquissimum enim est, actorem, qui vicit, & sententiam pro se post longam litem consequutus est, denuò prætextu restitutionis noua lite, longiore fortassis, & requirente altiorem indaginem molestari fraudarique sententię post tantos labores quæsitæ fructu, vel executione: nisi de lęsione in promptu constaret, in quam Bartoli sententiam ego magis inclino.

39 Contrariam tamen sententiam, quinimo executionẽ, semper impediri petita prius in integrum restitutione, etiam si requirat altiorem indaginem, tuentur *Imola in dict. l. 4. §. condemnatum, num. 9. Cuman. num. 5. Alexander num. 26. Ias. num. 26. Ripa num. 30. in fin. ff. de re iud.* qui dicunt contra Bartolum esse communiorem sententiam. *Maranta in praxi, seu speculo aureo, 6. part. tit. de appellat. ex num.* 108. qui nulla distinctione facta ait, per petionem restitutionis executionem sententię impediri, *& titul. de execut. numer.* 58. eodem modo loquitur *Galluppus in praxi S. C. part. 3. cap. 3. ex num. 3. Lancellot.* expressius *de attentat. cap. 18. ex numer. 19. Scaccia de appellationibus q. 19. remed. 2. ex numer. 63. Sforcia Odd. restit. 1. part. q. 43. art. 4. numer. 63. ex vers. sed contrariam, Contardus in l. vnica, limit. 8. n. 49. C. si de moment. poss. Afinius in praxi iudicior. §. 31. cap. 2. limit. 5. ex num. 2. Magonius decis. Florent.* 138. *ex nu. 4. Carrocius de remed. contra præiudiciales sententias except. 48. ex num. 1. Cephal. cons. 116. ex num. 7. lib. 1. Minsynger. singular. obseruat. centur. 1. obseruat. 48. ex num.* 1. qui tamen *obseru. 49. sequenti* ait petita restitutione contra sententiam, ordinem iuris seruari debere, & esse causam plenariã, in qua causam restitutionis actor planè probare debeat. Hæc sententia eatenus conuenit cum prima, quatenus asserit restitutionẽ petita supersederi debere in executione sententiæ; si de causa restitutionis in promptu constet: differt tamen in eo quod asserit supersederi debere, etiam si in promptu non constet, & sic eius fundamenta à maioritate rationis conuincunt etiam priorem sententiam. Sunt autem sequentia. Primò probatur ex *textu in l. vnic. C. in integr. restitutione postulata, ne quid noui fiat,* quæ generaliter loquitur.

40 Secundo, ex *c. suscitata 6. de integr. restit.* vbi ob præsumptam calumniam sententia mandatur executioni, nõ obstante restitutione postulata. Exceptio autem firmat regulam in contrarium, *l. nam quod liquidè 4. §. vlt. ff. de penu legat. l. quæsitum 12. §. idem respondit domo instruct. vers. Denique Neratius ff. de fund. instruct. Decius in l. 1. num. 21. ff. de regul. iur. & in capit. cùm dilecta 4. num. 14. de confirmat. vtil. vel inutil. Euerard. in locis legalib. loco 9. ab exceptione ad regulam, & loco 99. ab speciali.* Ac per consequens vbi calumnia non fuerit præsumpta, suspendenda erit executio sententiæ, in integrum restitutione postulata.

41 Tertiò, quia restitutio est similis appellationi, quoad suspendendam executionem *l. Præses 43. ff. de minor. d. leg. vnica, C. in integ. restitut. postulata.* Sed appellatio suspendit executionem indistinctè siue requirat, siue non requirat altiorem indaginem, *leg. vni. ff. nil nouari appellat. interposita.* Ergo similiter restitutio quo argumento vtuntur *Imola in d. §. condemnatum, num. 9. Iason. num. 27.*

42 Dato tamen, hęc sententia vera esset, quæ negari non potest, quin sit fortasse magis communis, limitanda est primò, si restitutio petatur ante cœptam executionem: secus si prius quam restitutio, executio petatur, & cœpta sit; tunc enim restitutionis postulatio non impediet, quin perficiatur executio. Ita sentiunt allegati *supra num. 31.*

43 Hæc tamen limitatio sublimitanda est, vt procedat quoad iam facta, cum restitutio petitur, secus quoad facienda. Nam cùm natura restitutionis, sit vt suspendat futura, & impediat, ne quid noui fiat, *dict. l. vnic. C. de in integr. restitutione postulata,* nulla potest inueniri ratio, cur restitutio non sit impeditura omnes actus executionis, qui nondum sunt facti, cùm restitutio postulatur. Ac per consequens cùm statim post capta pignora in causam iudicati restitutio postulatur, captio pignorum manebit in eodem statu, nulla facta nouitate siue vlteriori progressu ad subhastationem, venditionem, aut adiudicationem, dummodò tamen iustificetur lęsio in continenti, aut constet ex ipsis actis, & ex reuolutione cartarum, vt dici solet. Cæterùm si restitutio tandiu dilata requireret altiorem indaginem, crederem limitationem locum habere, vt executio, illa non obstante, perficienda sit. Iniquum enim esset, esse in potestate debitoris illudere actorem, & differre executionem sententiæ, vel instrumenti iam cœptam, & in eo casu crederem item sequendam sententiam *Bartoli in d. l. 4. §. condemnatum, n. 3. ff. de re iud.* quam superius sequutus sum. Non enim debuit debitor, qui non poterat breuiter de iure suo docere hoc suum ius tandiu retricere, iuxta *l. si quis forte 6. in princip. ff. de pœnis,* & aduersarium suum tantis modis vexare, est enim maxima præsumptio calumnię, vt notat *Scaccia de appellat. q. 19. remed. 2. num. 109. vers. Ego verò.*

44 Limita secundò, si adsit præsumptio, aut suspitio calumniæ contra eum, qui postulat restitutionem, & quòd restitutio postuletur animo prorogandi litem, & protrahendi solutionem debitis tunc enim executio non suspenditur; sed non obstante postulatione restitutionis procedendum est ad executionem. Ita statuitur *in d. cap. suscitata 6. de integr. restit.* vbi docent omnes Canonistę, *Lancellot. de attentat. cap. 18. numer. 55. Vestrius in practica Romanæ Curiæ, lib. 8. cap. 3. num. 15. & 16. Maranta in speculo, 6. part. tit. de appell. num. 110. & tit. de executione, num. 58. Minsynger. singul. obseruat. cent. 1. obseruat. 48. Sforcia Oddus de restit. 1. part. q. 43. art. 1. num. 47. & art. 5.* latè *ex numer. 69. Scaccia de appellationib. q. 19. remed. 2. ex num. 85. Contardus in d. l. vnica, limit. 8. num. 53. & 54. Magonius d. decis. Florent. 138. num. 6. ex vers. Sed quia, cum numeris seqq. Cephal. cons. 16. ex num. 10. lib. 1.* Ratio est, quoniam malitijs non est indulgendum, *l. in fundo 38. ff. de rei vindic. l. 59. in fin. tit. 32. part. 3. Hipol. de Marsil. singulari 177. Peregrin. de fideicommiss. articul. 28. numer. 94. & 95. Perez de Lara de anniuers. libr. 1. capit. 22. numero 30. Barbosa axiomat. 143.*

45 Limita tertiò, si restitutio petatur contra sententiam Principis, nam non suspenditur executio huiusmodi sententiæ. Hanc tradit *Couarr. in pract. cap. 25. num. 7. Afflict. decis. 350. Capic. decis. 53. Maranta in speculo p. 6. d. tit. de appell.*

pell.num. 109. *Lancellot. de attentat. d.cap.* 18. *ex num.* 101. qui refert multos, *Scaccia de appellat. d. remed.* 2. *num.* 107. *Oddus d.q.* 43. *art.* 2. *n.* 51. *Contardus d. limit.* 8. *num.* 53. probat *textus in l. minor autem* 19 §. *sin autem Princeps*, & §. *idem Imperator ff. de minorib.* Ratio est propter præsumptionem sententiæ Principis, & summam eius authoritatem: ex qua resultat magna præsumptio calumniæ contra petentē restitutionem aduersus ipsam, & multi Doctores existimant, in hac limitatione fundati decisionem *d. cap. suscitata*.

46 Sublimita tamen omnes præcedentes limitationes, vt non sit procedendum ad executionem, petita in integrū restitutione in omnibus prædictis casibus, in quibus diximus, executionem non impediri, si actus de cuius executione tractatur esset irretractabilis, & irreparabilis, vt contingeret, si tractaretur de exequenda sententia capitali in criminalibus, aut mutilationis membri, aut torturæ, aut, vt multi dicunt, carcerationis, nam istis casibus semper impeditur executio restitutione postulata, nulla facta distinctione. Hanc sublimitationem tradit *Lancell. de attentat. d. c.* 18. *numer.* 134. vbi multos allegat, *Sforcia Oddus de restit. q.* 43. *art.* 1. *num.* 17. *art.* 5. *num.* 86. & *art.* 8. *et num.* 97. *Scaccia de appell. q.* 19. *remed.* 2. *ex num.* 73. qui allegat etiam multos.

47 De stilo recentiori S. R. C. Neapolitani restitutio in integrum semper postulatur aduersus sententias eiusdem per modum actionis. Non enim expectat victus, vt victor incipiat agere contra ipsum via executiua, fortassis quia Aduocati sibi persuaserint, non debere restitutionem concedi post cœptam executionem, de quo quid sentiendum sit dixi supra. Et quamuis antiquitus tempore *Afflict. dict. decis.* 356. & *Capicy dict. decis.* 53. vt ex eisdem constat, rarò restitutio aduersus sententias S.C. postularetur, & raro hac via impediretur earum executio, fortassis ob *textum in dicta l. minor autem* 19. §. *sin autem*, & §. *idem Imperator*, *ff. de minoribus*, cùm S. C. repræsentet Principem, & sit supremum eius Consistorium, nostris tamen temporibus frequentissimè postulatur, & semper impeditur executio, quousque definitur articulus restitutionis. Illud tamen verum est, læsionem examinari ex eisdem actis, nulla admissa exteriori probatione; & sic vsus videtur approbasse sententiam *Bart. in dict. §. condemnatum*, sumpto fortassis exemplo ex ijs, quæ in remedio nullitatis statuta sunt in *pragmat.* 5. *cap.* 2. *de offic. S. R. C.*

48 Ex quo venit reijcienda limitatio illa cuius meminit *Lancellot. de attentat. dict. cap.* 18. *num.* 100. *post Marantam in speculo aureo*, 6. *part. tit. de appellat. num.* 111. & *Afflict. d. decis.* 356. *num.* 1. retulit *Sforcia Oddus de restit.* 1. *part. d. q.* 43. *art.* 1. *numer.* 26. videlicet, vt restitutio petita aduersus sententiam assistentię, quę habet executionem paratam ex *Ritu M.C.V.* 259. confirmato, vt creditur, per *pragm.* 2. *de appellationibus* (de quo latissimè egimus supra *tit.* 2. *disput.* 8. *ex num.* 14.) non impediat executionem. Etenim secundùm stilum hodiernum petita in integrum restitutione, tam contra sententiam assistentiæ prolatam in M. C. V. quàm in S. R. C. semper suspenditur executio, donec deciditur articulus restitutionis, qui semper summariæ expeditur ex eisdem actis, nullis admissis exterioribus probationibus.

49 De iure Castellę statutum est *in l.* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* vt non possit opponi nullitas contra sententiam Tribunalium Superiorum Consiliariorum, aut Auditorum Regiorum, à qua non potest interponi supplicatio, quęcunque sit nullitas, siue sit ex defectu iurisdictionis, siue sit notoria, & constet ex actis, sed illa sententia sit executioni mandanda, ita vt deinceps de illa re iam decisa nunquam possit vlla lis suscitari. Itaque nullitas nullo modo impedit executionem Tribunalium superiorum sententię in iudicatum transeuntis. Si verò pronatur nullitas contra sententias prædictorum Tribunalium, à quibus potest interponi supplicatio, videlicet sententias primæ instantiæ, statuitur, ne seorsim de nullitate tractetur, sed reseruetur nullitatis exceptio, aut eius decisio in tempus difinitiuæ. Ratio autem est, quia in Tribunalibus superioribus non attenditur nullitas processus, si aliàs acta sint iusta; & non debet quæstio de nullitate seorsim examinari, sed simul agi de iustitia; *Valascus de iure emphiteutico, q.* 6. *numer.* 14. *Additio ad Bellamer. decis.* 306. *Gamma decis.* 354. *Giurba decis.* 70. *ex num.* 1. *Gayl. obseru. pract. lib.* 1. *obseru.* 42. *ex num.* 1. *Auma allegat.* 93. *numer.* 7. *Franch. decis.* 643. *n.* 2. & 3. *Minsyger. singul. obseru. centur.* 1. *obseru.* 27. & limitat *centur.* 5. *obseru.* 93. *n.* 7. facit *Rota in antiquis*, *decis.* 1. *de libelli oblatione*, *aliàs decis.* 145. De cuius legis quartæ interpretatione videantur *Bobad. libr.* 2. *Polit. cap.* 20. *ex num.* 48. *Ioan. Garcia de nobilit. gloss.* 47. *num.* 28. & *Gutierrez lib.* 1. *pract. q.* 96. *num.* 10.

50 Hanc prædictam legem quartam declarauit dominus noster Rex Phillippus III. per pragmaticam promulgatam Madriti 26. die Iunij anni 1615. vt esset etiam intelligenda de remedio restitutionis in integrum, statuendo ne prædicta restitutio peti posset, aut obtineri contra sententijs, à quibus non potest supplicari; neque retat dari debere earum executionem ob restitutionem petitam, aut sub eo pretextu suscitari litem iam sopitam, aut retractari sententias latas, sublata hac maxima occasione differendi, & renouandi lites.

SVMMA DISPVTATIONIS Decimæseptimæ.

1 *Non semper Iudex, qui sententiam protulit, eam mandat executioni.*

2 *Exceptiones sunt in triplici genere.*

3 *Quædam exceptiones opponuntur non contra sententiam, sed contra executionem sententiæ.*

4 *Exceptio expensarum, compensationis, inuentarij, & similes post sententiam opponi possunt.*

5 *Exceptiones modificatiuæ oppositæ in causa principali ante sententiam, & reiecta à Iudice, non possunt post sententiam opponi.*

6 *Aliæ exceptiones obijciuntur contra actionem intentatam, cuiusmodi sunt exceptiones peremptoriæ.*

Istæ post sententiam obijci non possunt, ib.

7 *Multoties exceptiones etiam peremptoriæ possunt obijci post sententiam.*

8 *Magnum discrimen versatur quoad reiectionem exceptionum per processum ad vlteriora inter exceptiones incompatibiles cum iustitia sententiæ, & eas, quæ repugnant iustitiæ.*

Quando censeatur cognitum de viribus exceptionis, remissiuè, ibidem.

9 *Qui exequuntur sententias, aut sunt meri, aut mixti executores, & in quo differant.*

10 *Merus executor nullas exceptiones potest admittere, aut de illis cognoscere.*

11 *Coram executore mixto possunt proponi omnes exceptiones, quæ coram Iudice principali requirente.*

12 *Exceptiones respicientes merita causæ, & quæ possunt opponi post sententiam, si proponantur coram Iudice requisito, eas debet admittere, non vt eas definiat, sed vt videat, an*

mili-

nem aliquam aduersus instrumentum executiuum, vel sententiam obtinentem vim rei iudicatę, petit, sic declarari a iudice, quod facere potest, *leg. si contendat 29. et ibi gloss. & Doctores, ff. de fideiussor. Anton. Gomez tom. 3. variarum capite 1. numer. 20. Paz in praxim. tomo 3. capite 9. §. 2. Aueudanus in leg. 4. & 5. titulo, De las excepciones, numer. 50. in fine, versiculo, Et nota, Cartarius decis. 20. ex numer. 1.* In hoc casu dicendum est, non impediri viam executiuam postea intentatam a creditore: sed esse prosequendam contra debitorem, exceptione litis pendentiæ non obstãte. Ita sentiũt *Baldus cons. 261. primo quæritur, ex numer. 1. volumin. 1. Angelus in lege 4. §. condemnatum, numer. 4. ff. de re iudicat. Afflictis decis. 30. & decis. 31. Molina in annotationibus ad suos libros de primogenijs, n. 16. versic. Quibus adijcitur, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 51. numer. 90. in principio, Aueudus in l. 1. numer. 142. & 143. titul. 21. libro 4. Recopil. Parladorius libr. 2. rer. quotidianar. cap. fin. 5. par. §. 12. ex num. 12. Giurba decis. 100. ex num. 3. Cartarius decis. 2. ex num 3. & decis. 13. Cancer. variar. resolut. 2. par. cap. 3. ex numer. 19. Graffijs de exceptionib. in præludio ex numer. 56.* Probatur, quoniam non debet esse in potestate debitoris fraudare creditorem, auferreque illi viam executiuam quæsitam ex instrumento sui contractus, interueniente eiusdem debitoris consensu, & voluntate, hanc enim fraudem iura non permittunt, *l. ne in potestate 31. l. si quis rem 35. ff. de recept. arbitr. cap. vltimo de rescriptis.* Neque debet alteri, per alterum iniqua conditio inferri, *lego non debet 74. ff. de reg. iur. Barbosa axiomate 22.* præsertim contra fidem contractus, aut authoritatem sententiæ.

8 Amplia prædictam resolutionem, vt etiam si lis ordinaria a debitore suscitata pendeat coram alio iudice, vt si reus coram Ecclesiastico iudice prætenderet, contractum esse vsurarium, nihilominus non sit suspendenda, aut retardanda via executiua mota a creditore coram sæculari, ob exceptionem litis pendentię coram Ecclesiastico. Ita sentit *Angelus in dicto § condemnatum, numer. 4. Ripa numer. 29. Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re iudicat. in declaratione legis Regni, quæst. 5. num. 25. Afflictis d. decis. 30. Parladorius vbi supra num. 23. Aueudanus in l. 4. & 5. tit. De las excepciones, numer. 31. versic. Quarto fallit, in fin. Barzius de guarentigia, 3. part. quæst. 12. Canarius de executione instrumentorum, q. 52. num. 91. Rebuffus tom. 1. in constit. Regi. tract. de literis obligatorijs, art. 2. gloss. vnic. num. 22. Mascardus de probationibus vol. 2. conclus. 687. exceptio nullitatis, num. 13. Giurba d. dec. 100. nu. 7. Gratianus discept. forens. vol. 1. c. 118. num. 43. Graffijs de exceptionib. in præludio, num. 60. Rodriguez de executione, c. 6. nu. 21.* Quæ ampliatio probatur eadem ratione, qua superior resolutio.

9 Ex quo venit reijcienda eorum sententia, qui contra hanc ampliationem crediderunt, obiecta a debitore exceptione litis pendentiæ coram Ecclesiastico super iniustitia contractus, contendente illo esse vsurarium, & illicitum, supersedendum esse coram laico processum executiuum factum virtute instrumenti a creditore. Inter quos sunt *Franc. Marcus dec. 44. n. 4. 1. par. Viuius dec. 304. num. 1. Mastrillus dec. 157. ex num. 6. & in specie nu. 41. Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. p. c. 2. ex num. 11.* nituntur enim falsis fundamentis, & inualidis.

10 Limita tamen primo huius casus resolutionem, si exceptio, quam opponit debitor coram iudice, antequam contra eum petatur executio, contineatur in ipso instrumento exequendo, vel constet ex illo: nam eo casu non poterit creditor petere postea executionem eiusdem instrumenti, sed supersedendum erit in exequendo. Ita sentit *Canarius de executione instrument. quæst. 51. numer. 90. in fin. Cartarius decisio. 20. ex numer. 14.* Ratio est, quia cùm exceptio continetur in instrumento, vel ex eo constat, non minus est guarentigiata exceptio, quàm actio; nec minus meretur executionem, vt docuit *Baldus in leg. ex ijs prædijs 5. numer. 1. Cod. de euiction. argumento leg. eum, qui ita 56. §. qui ita, et l. 1. ff. de verb. obligat. Antonius de Canario de execut. instrument. quæstio. 26. numer. 56. 57. & 58. Seraphinus de priuileg. iurament. priuileg. 77. numer. 31. versicul. Decimoquinto, & vltimo, Cartarius decisio. 20. num. 15. Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. final. 5. part. §. 11. numer. 26. & 27.* Ergo quemadmodum instrumentum executioni mandatur pro actore contra reum, ita debet mandari pro reo contra actorem. Ac proinde quando potest iudicium debitoris creditor vult, instrumentum executioni mandari contra ipsum, non erit locus executioni.

11 Limita secundo, attento iure Neapolitano, iuxta quod debitor vetitus, ne creditor vtatur contra ipsum via executiua virtute instrumenti, potest illum præuenire, allegans, contractum instrumento contentum esse vsurarium, vel nullum, aut rescindendum ob illatam vim, vel metum, vel ob enormem læsionem, aut se satisfecisse. Qua præuentione facta non poterit creditor postea procedere via executiua contra debitorem, nisi finito prius iudicio præuentionis. Ita statuitur *in Ritu 168. Ritu 189. Ritu 196.* & notat *Carauita in dict. Ritu 168. ante numerum 1. versiculo, Secundo nota, & ad ritum 186. in principio ad Ritum 189. ex numer. 1. & ad Ritum 190. per totum. Anibal Troisius ad eosdem Ritus, & Franciscus Scaglionus ad Ritum 166. ex numer. 59. Muscatellus in prax. lib. 1. part. 1. glossa in forma, ex numer. 78. & in practica fideiussoria, 4. part. quæst. 8. ex numer. 5. Franciscus Antonius de iudice, Roberto de liquidationibus instrumentorum, consideratione 4. ex num. 58. Bernardinus Pandus de præsentatione, & executione instrumentorum, 4. par. declaratione 19. ex numer. 110.* Eruditissimus amicus noster *Aloisius Riccius collectanea 460. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. 2. principalis, rubr. 2. num. 2.*

12 Sublimitata primo dictam secundam limitationem, vt nisi præuentio fiat solemniter præstita fideiussione de soluendo debitum, & pœnam decem vociarum, in casu succumbentiæ in causa præuentionis, non possit ipsa præuentio impedire viam executiuam creditoris, neque vllum habitura sit effectum. Ita statuitur *in pragmatica Malitijs litigantium, vnica, de præuentione moderanda,* vbi notat *Rouitus ex numer. 1. Afflictis decis. 137. Maranta cons. 31. Muscatellus vbi supra, Riccius d. collect. 460. Viuius dec. 204. ex num. 1. Carauita ad Ritum 189. ex num. 4. Galterius in practica instrumentaria, 3. p. principalis, Rubrica 2. nu. 16. Nouarius ad pragmaticas Regni Neapolitani collectanea 193. in principio.*

13 Amplia sublimitationem, vt ista fideiussio requiratur pro forma præuentionis, & sit præstanda, etiam si a creditore non petatur hanc ampliationem probant verba prædictæ pragmaticæ vnicæ, vbi verbum, *Nisi*, quod importat conditionem arguit, fideiussionem requiri pro forma, vt pluribus prosequitur *Carauita in pragmatic. §. ad S. C. Macedonianum, §. 10. ex numer. 4.* vbi multos allegat, & sentiunt *idem Carauita in d. Ritu 189. numer. 6. & 7. Maranta cons. 31. Freza de præsentatione instrumentorum, parte 9. quæst. 3. ex numer. 12. Franciscus Antonius de iud. Roberto de liquidationibus instrumentorum, dicta consideratione 4. nu. 59. Galterius in pragmatica instrumentaria, 3. par.*

par.2.principalis,Rubric.2.ex num.13.Rouitus in dict.pragmat.vnic.nu.4.de præuent.moder.in simili tradit Surdus dec.57.num.4.ex vers.Magis tamen.

14 Quare improbanda est eorum sententia, qui crediderunt, prædictam fideiussionem non debere præstari, nisi petatur, inter quos sunt *Troisius in d.pragmatica vnica, nu.4.de præuent.moder.Bernardinus Pandus de præsentation.instrument.4.part.numer.118.& in simili Gurba decis.103.numer.13.* Quamuis enim verissimum sit id,quod nos etiam probauimus *priore tom.titul.1.disput.2.quæst.7.sect.1.numer.* 797.cum multis allegatis, & tradit *Franchis decis.487.num.9.*post multos,requiri petitionem,vt effectum habeat,quod lex fieri præcipit, id tamen locum nõ habet,quoties lex requirit aliquid pro forma;tunc enim ille,qui ex actu se iuuare vult,debet legis formam obseruare, etiam si pars aduersa nihil petat, alioqui non consequuturus legis beneficium ex actu inualido, & nullo.

15 Secundo sublimita dictam secundam limitationem, si fuerit renunciatum præuentioni tempore contractus: nam tunc præuentio subsequuta non operabitur. *Ita Carauita ad Ritum 168.num.1. Freza de præsentatione instrument.9.par.quæst.1.ex num.35.Franch.decis.670.numer.3. Vrsill.ad Afflict.decis.387.num.2.Galter.in practica instrumentaria,3.par.2.princ.Rubric.2.nu.26.Nauar.ad pragmat.Regn.Neapolit.collect.193.nu.2.in fin.* Et ex eo probatur, quòd quilibet potest iuri in fauorem suum introducto renunciare,*l.si quis in conscribendo 29.C.de pact.*

16 Amplia istam secundam sublimitationem,vt procedat, etiam si impetretur absolutio, seu relaxatio iuramenti adhibiti in contractu, in quo fuerit adiecta renuntiatio præuentionis; nam nihilominus renuntiatio suas vires non amittit, & prodest creditori ad petendam executionem ex instrumento,præuentione non obstante. Ita sentit,& decisum refert *Franchis decis.67* & ad eam notat *Riccius, & collectan.152.& 460. Antonius Gagliardus tractat.de absolutione à iuramento, §.3.ex numer.38.ad 46.Carraba singulari 86.Galterius vbi supra numer.27.& 28.Nauarrus in dict.collectanea 193.numer.3.* Ratio est, quia adhuc impetrata absolutione à iuramento adhibito in contractu,per iuramentum confirmato,contractus ipse suas vires non amittit, neque pacta illi adiacentia, sed ex illo manet creditori ius integrũ. Absolutio enim, seu relaxatio iuramenti solum operatur,vt possit absque periurio agere,qui iuramento fuerat obstrictus ad non agendum,quoniam iuramenti absolutio solum impetratur ad effectum agendi. Explicat optimè *Gagliardus vbi supr.Thesaurus dec.165.nu.9.dixi priore tom.tit.1.disp.2.quæst.4.num.210.in fin.& num.213.*

17 Sublimita tertio,si præuentio fiat eo tempore,quo venerit,& cesserit dies solutionis obligationis habentis paratam executionem, nam tunc tarda ista præuentio non operatur,neque impeditur per eam obligationis executio. Ita statuitur *in pragmatica 47.capite 1.de offic.magistri iustitiarij*, quæ in nouissima compilatione est *pragmatic.44.*incipit *Audiuimus*,notant *Muscatellus in prax.libro 2.par.3.gloss.in forma,numero 78.Constantinus Papa,apud Carauitam ad Ritum 186.in additione.*

18 Sublimita quarto, vt præuentio non habeat effectum impediendi executionem,si eadem die,qua petita sit executio,facta fuerit præuentio:hoc enim casu via executiua non impeditur. Hæc sublimitatio,præter quam quod est consequens ex præcedenti,statuitur *in Ritu 186.*vbi notat *Carauita ante num.1.& numeris sequentibus,præsertim num.6.in fin. Afflictis decision.387. Franciscus Antonius de*

liquidationibus instrumentor.consideratione 4.num.58.Bernardinus Pandus de præsentat.& execut.instrumentor.4.par.declaratione 19.num.120.Muscatellus dict.glossa in forma, nu.86.cum sequentibus,Galterius in praxi instrumentorum,3.par.2.princip.Rubrica 2.num.4.

19 Sublimita quinto,vt præuentio debeat fieri in Magna Curia Vicariæ,ad hoc vt per illam possit impediri liquidatio instrumẽti,& eius executio. Nam si facta fuerit in alijs Curijs, nullius erit roboris, & momenti, & non impediet liquidationem: excepto vno casu, videlicet, si Clericus creditor, quo casu poterit à debitore fieri præuentio in Curia Ecclesiastica,& valebit ad impediendam liquidationem. Ita statuitur *in Ritu* 190. & ibi notat *Carauita in principio, & Maranta consilio 31.numer.6.*Qui Ritus fortassis ortum habuit ex consuetudine Regni Franciæ, quam commemorat *idem Carauita nu.1.& Gulielmus Benedictus in repetit.capitul. Raynutius verb. Et vxorem nomine Adelasiam decisione 2.numero 126.de testamẽtis*,vt videlicet quoties agitur de rescindendo,aut cancellando instrumento facto à Notario publico, aut Regio,debeat agi coram iudice Regio.Animaduerti autem oportet,circa prædictum *Ritum* 190. si Clericus faciat præuentionẽ in Curia sæculari,ibi præstaturum cautionem,vt notat *Minadous decis.4.& Nouarius ad pragmatic.Reg.collectan.193.num.4.*

20 Sed hunc Ritum de generali consuetudine huius Regni non seruari, testatur *Carauita dicto numero 1.* & correctum esse autumat per *prãgmat.1.de præuentione moderanda*, quę præuentionẽ permittere videtur coram quocunque iudice, idem de non vsu contestatur *Ioannes Franciscus Scaglionus, ad Ritum 166. numero 59.* Ego existimo, prędictum *Ritum* 190. ortum habuisse ex *Ritu* 54.in quod dicitur, fuisse præeminentiam Magn.Cur.Vicar.vt cognosceret,liquidationibus instrumentorum,de quibus nullam aliam Curiam potuisse cognoscere vt notat *Carauita ad prædictum Ritum 54.numer.1.Tapia ad Ritum 166.glossa 1.ad verbum, Item quòd si debitores, versicul. Adde, quòd præsentatio, & ad verbum dictis Curijs, numero 6.libro 3.Iur.Neapolitan.Rubric.45.* cùm autem decens non esset, vt impediretur quis agere super liquidatione Mag.Cur.superius Tribunal, ob præuentionem factam in Curijs inferioribus,statutũ est,vt præuentio,quę Magnam Curiam impeditura erat, nè procederet ad liquidationem,fieret in ipsa eadem Mag. Curia. Sed nunc cùm ille *Ritus* 54.aut ob priuilegia Baronibus indulat, quibus communicata sunt priuilegia Magn.Cur. Vic. vt notat *Tapia vbi sup.*aut ob vsum contrariũ introductum, sit abrogatus, prædictus quoque *Ritus* 190. qui ex illo originem duxit, non seruatur, sed præuentiones fiunt in omni Curia differenter, quemadmodum in omni Curia fiunt liquidationes.

21 Sublimita sexto, vt exceptio præuentionis suspendat liquidationem instrumenti, donec durauerit prima instantia præuentionis: at pro lata sententia in causa præuentionis, si ab ea appelletur,& causa introducatur in Tribunal superius, pendente appellatione non sit amplius supersedendum in liquidatione, sed instrumentum vires reassumat non vlterius impeditum, & possit appellatione in causa prẹuentionis nõ obstãte,liquidari, Hanc sublimitationem tradit *Muscatellus in practica fideiussoria,2.par.quæstio.8.num.29.& 30.quem sequitur Galterius in practica instrumentaria,3.part.2.principal.Rub.2.numero 24.* Rationem reddunt, quia suspensio viæ executiuæ, & liquidationis fundabatur in illa fideiussione de soluendo debitum,& pœnam,iuxta *pragmatic.vnicam,de*

Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, ib.

9 *Exceptiones, quæ simul possunt proponi per viam actionis, non sunt perpetuæ, sed temporales.*

10 *Quando remedium potest proponi etiam per viam actionis, potest iure imputari ei, cui competit, cur non egerit.*

11 *Nullitas potest proponi per viam actionis, & per viam exceptionis, & sic videtur esse temporalis proposita per viam exceptionis.*

12 *Omnis reus, qui habet exceptionem potest ea uti per viam actionis.*

13 Textus in leg. nam posteà, §. si minor, ff. de iur. iurand. *explicatur.*

14 *Multi dicunt, prædictum textum non loqui de exceptione, sed de replicatione.*

15 *Exceptio postquam nata est, est perpetua, tamen eius natiuitas potest impediri statuto tempore.*

16 *Exceptio aliquando identificatur cum actione, & tunc exceptio est temporalis, sicut actio: aliquando differunt, & tunc quamuis actio sit temporalis, exceptio est perpetua.*

17 *A regula generali, exceptiones esse perpetuas excipitur restitutio in integrum, & querela inofficiosi testamenti.*

18 *Non rectè sumitur argumentum à remedio restitutionis, aut querelæ ad remedium nullitatis.*

Interpretatio pragmatic. 77. cap. 21. de offic. S. R. C. *ib.*

19 *Casus nullitatis propositæ per viam exceptionis, non comprehenditur sub dispositione prædictæ* pragm. 77. in c. 25. *vbi statuitur tempus proponendis exceptionibus contra sententias, ad impediendam executionem.*

20 *Quando proponatur nullitas per viam actionis.*

21 *Nullitas proposita per viam actionis non impedit executionē, sed pendente processu nullitatis sententia, vel instrumentum mandantur executioni contra debitorem.*

Nullitas, quæ proponitur agendo requirit processum, & viam ordinariam iudicij, ib.

Antequam proferatur sententia non potest habere executionem, ib.

22 *Iniquum esset, vt debitor posset fraudare creditorem, & auferre illi viam executiuam.*

23 *Nullitas proposita per viam actionis, quæ constat ex actis in promptum impedit executionem.*

24 *De iure Neapolitano nullitas proposita per viam præuentionis seruata forma Regiæ pragmaticæ contra contractum, aut instrumentum impedit executionem.*

25 *De stilo S. Cons. quamuis allegetur per viam actionis nullitas contra sententiam, si constat ex ipsis actis impedit executionem.*

26 *De iure Neapolitano, non potest dici de nullitate duarum sententiarum conformium.*

27 *Restitutio in integrum, neque est propriè actio, neque exceptio, quamuis vtroque modo proponi possit.*

28 *Restitutio proposita incidenter, per modum exceptionis contra executionem sententiæ, cuius iustificatio constat ex actis, impedit executionem sententiæ.*

29 *Si læsio, quæ iustificat restitutionem non constat ex actis, aut non probatur in continenti, sed requirit altiorem indaginem, non potest admitti in via executiua exceptio restitutionis.*

30 *Æquiuocatio Doctorum de hac re.*

31 *Quidam credunt, restitutionem peti non posse post cœptam viam executiuam.*

Restitutio incidenter, & per viam exceptionis peti non potest, nisi cœpta executione, ib.

32 *Notatur lapsus* Ioannes Vincentij de Anna, & Rouiti, *cir. D. Thomæ Carleualij de Iudicijs. Tom. II. ea tempus petendi restitutionem.*

Quando executio dicatur cœpta, vel perfecta, remissiue, ibidem.

33 *Detegitur æquiuocatio Doctorum, circa petitionem restitutionis, & vim eius suspendendi executionem, & explicatur, quod videantur loqui de restitutione petita per viam actionis, non de petita incidenter, & per viam exceptionis, & num. 34.*

35 *Restitutionem non posse obijci in via executiua, tanquam exceptionem, multi sentiunt.*

36 *Reprobatur prædicta sententia, & ostenditur, restitutionem obijci posse in via executiua, etiam stante statuto reijciente omnes exceptiones.*

Restitutio nunquam censetur sublata, nisi expressè prohibeatur, ib.

37 *Explicatur* l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. Castellæ.

38 *Restitutio proposita per viam actionis si constat ex actis, aut in continenti, impedit executionem, si verò petit altiorem indaginem, non impedit.*

39 *Restitutione petita in omni casu supersedendum in executione contra Bart. qui senserint.*

Probat ex textu in l. vnica, Cod. in integrum restitutione postulata, *ibid.*

40 *Ob præsumptam calumniam sententia mandatur executioni, restitutione etiam in integrum postulata.*

Exceptio firmat regulam in contrarium, ib.

41 *Restitutio est similis appellationi.*

42 *Petitio restitutionis postquam executio cœpta est, non impedit, quin perficiatur executio.*

43 *Petitio restitutionis contra executionem cœptam, non impedit iam facta, neque illa retractat, sed tamen impedit facienda.*

44 *Restitutio calumniosè petita non impedit executionem.*

45 *Restitutio petita contra sententiam Principis non impedit executionem.*

46 *Restitutio petita impedit executionem actus irretractabilis.*

47 *Restitutio regulariter petitur per viam actionis in S. C. Neap. contra sententias.*

Læsio in eodem S. C. quæ iustificat restitutionem petitam probari debet ex eisdem actis nulla admissa exteriori probatione, ib.

48 *Reijcitur limitatio quorundam, vt videlicet restitutio petita contra sententiam assistentiæ, non impediat executionem.*

49 *De iure Castellæ nullitas non potest opponi contra sententias Tribunalium superiorum, à quibus non potest supplicari, & quid si petatur contra sententias, à quibus potest supplicari?*

50 *Idem statuitur de remedio restitutionis.*

DISPVTATIO XVI.

Vtrum executionem impediat allegatio nullitatis, aut restitutionis in integrum.

1 PRimū agemus de nullitate, posteà de restitutione in integrum. Nullitas autem opponi potest contra sententiam, & instrumentum, aut tempore, quo cœpta est, aut cominata executio, tanquam exceptio eam impediens: aut antequam fiat executio, tanquam

actio ad impediendam executionem, quæ timetur. Quos casus oportet distinguere, vt possit haberi certa resolutio.

2 Primus igitur casus est, cùm nullitas obijcitur sententiæ, aut instrumento post cœptam executionem ad impediendum eius cursum, non obtinendam victoriam, vt in casu, quo executio, & captura pignorum fieret sine citatione rei, vt fit in Castella virtute cuiuslibet instrumenti guarentigij, vt dixi *hoc titulo disputatione 1. numero 27.* & in Regno Neapolitano virtute obligationis apud acta, vt dixi supra *titulo 2. disputatione 8. numero 38. & in dicta disputatione 1. eodem numero 27.* vel obijcitur nullitas eo tempore, quo expeditum mandatum de parendo virtute sententiæ, aut præceptum desoluendo cum comminatione executionis virtute instrumenti guarentigiati, ad impediendam ipsam executionem. Quibus temporalibus nullitas obiecta planè obijcitur per modum exceptionis. Et hoc casu distinguẽdum est. Aut nullitas obiecta constat ex actis, vel potest in continenti probari, & impedit, seu extinguit executionem. Etenim quod nullum est, nullum potest habere effectum, *l. 4. §. condemnatum. ff. de re iud. l. non putauit 8. §. non quauis. ff. de bonor. possessor. contra tab. l. non dubium 5. C. de legibus, leg. si aut nullum 4. C. de legitim. hæred. cap. illud 8. de iure patron. cap. non præstat 52 de regulis iur. in 6. Decius in c. in literis 9. numer. 16. de offic. & potest. iudic. deleg. Rolandus consil. 59. num. 3. volum. 3. Gail. obseru. pract. libr. 1. obseruat. 113 num. 2.* Aut nullitas proposita, vt constet, & probetur requirit altiorem indaginem, & non impediet executionem sententiæ, aut instrumenti: quia in via executiua non admittuntur exceptiones requirentes altiorem indaginem, *Bart. in d. l. 4. §. condemnatum, num. 3. Roman. cons. 76. num. 3. Bellonus commun. opinion. liter. E. verb. Exceptiones, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 5. num. 15. & quæst. 11. numer. 22. Gail vbi supra numer. 11. Contardus in lege vnica, limitatio 7. num. 26. 61. & 62. C. si de moment. possess.* cum multis, quos allegat. Hanc resolutionem amplectũtur *in dicto §. condemnatum, Bart. ex num. 2. Angelus numer. 2. & 3. Cumanus ex numer. 2. Paulus num. 2. Imola num. 9. Alexander num. 4. & 5. cum sequentibus, Iason. ex numer. 5. Zasius ex num. 4. Ripa num. 10. & 11. Baldus in l. 1 num. 1. & 2. Salicetus num. 5. C. nè liceat in vna, eademque caus. tertio prouoc. Couarru. in pract. capit. 24. numer. 6. & capit. 25. in princip. Anton. Gabriel libr. 2. commun. titul. de exceptionib. concl. 4. Afflictis decis. 283. idem Baldus in l. ab executione 5. num. 8. C. quorum appellat. non recipi, Philippus Franchus in cap. dilecto 63. ex numer. 26. de appellat. Rota decision. 3. de exceptionibus, aliàs decis. 280. in nouis, & decis. 5. de litis contestatione, aliàs 340. in nouis, Socin. regula 163. in princip. & versic. Primo fallit, Lancellot. de attentatis, cap. 17. numer. 93. Vantius de nullitatibus, titul. quot. & quibus modis nullitas in iudicio propon. num. 32. Contardus in dict. limitat. 7. ex numer. 27. & ex numer. 56. Rebuffus tom. 1. in Constit. Regi. tract. de sententijs executorijs, artic. 7. gloss. 10. numero 3. & 4. Ioannes Garcia de expensis, & meliorationibus, capit. 24. ex numer. 11. in fin. Minsyngerius singul. obseruat. centur. 4. obseruat. 64. Vrsinus libr. 2. commun. opinio. opinione 197. nullitas. Scaccia de appellationib. quæst. 19. remed. 1 conclus. 5. numer. 4. & ex num. 23. & numero 34. Giurba decis. 100. num. 8. Intriglio lus decis. 10. num. 6. & 7. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 1. quæst. 10. num. 29. circa fin. Cencius de censib. 2. par. cap. 2. quæst. 4. art. 1. num. 8. Argelius de acquir. possess. quæst. 2. artic. 1. ex num. 69. Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. par. §. 1. nu. 11. & 12. 5. par. §. 11. num. 11.* ac proinde aduersus executionem, hàc exceptionem, nullitatis existimat admittenda. Item *Auendanus in l. 4. et 5. tit. De las exceptiones, num. 26. Azeuedus in l. 1. num. 91. tit. 21. lib. 4. Recopilation. Rodriguez de executione, cap. 6. num. 6. & nu. 17. Colerus de processibus executiuis, 4. part. cap. 2. ex num. 134. & num. 154.*

3 Nota tamen secundam prædictæ resolutionis partem, nempe quod nullitas requirens altiorem indaginem, non impediat executioem, varijs modis limitare *Cumanum, Alexandrum, Iasonem, Zasium*, qui referunt quosdam casus, in quibus nullitas suspendit executionem, etiam si requirat altiorem indaginem.

4 De iure communi tunc dicitur nullitas probari in continenti, cum vel constat ex actis, & instrumentis sine vlla extrinseca probatione, aut cum in continenti, idest intra terminum summarium, & breuem, quem patitur via executiua, probari potest, & sic offert condemnatus, vel per instrumentum obligatus, in continenti probare, vt notant prædicti Doctores, & in specie *Ancharranus in Clement. 1. numero 4. de sentent. & re iud. Vestrius in praxi Romanæ Curiæ lib. 8. c. 1. n. 7. & Colerus,* qui latius tractat *de processibus executiuis, 4. par. cap. 2. ex numero 2. & numero 16. & 17. Franchus in repet. cap. dilecto 63. numer. 29. de appellat. post Bart. & Baldum, Canarius de executione instrumentorum, quæst. 9. num. 19.* nos de verbo, *In continenti,* latè egimus supra *tit. 2. disput. 5. ex nu. 20.*

5 De iure Castellę dicetur nullitas probari in continenti, quando vel ex eisdem actis constar, aut probatur intra decendium, quod conceditur illo iure reis ad probandas suas exceptiones, vt dixi supra *hoc titul. disputatio 1. num. 29.* Si verò nullitas non probaretur intra decendium, non impediret executionem, notauit *Parladorius libr. 2. rerum quotid. dict. cap. fin. 1. par. §. 1. num. 12. & Rodriguez de executione, cap. 6. num. 17.* Quid verò circa nullitates sententiarum seruandum sit, iuxta ius Castellæ, vide *in l. 1. & 6. tit. 17. lib. 4. Recop. & ad eas Azeuedum.*

6 De iure Neapolitano obiecta nullitate sententię impeditur executio; si nullitas constat ex ipsis actis, sine vlla extrinseca probatione; si verò nullitas egeat extrinseca probatione, executio sententiæ non impeditur. Sic statuitur *in pragmatic. 5. §. 2. quæ in præfatis, de offic. S. R. L.* & ibi notat *Rouitus numero 17. in fine, & num. 18. ibi tamen n. 19. et 20.* eam limitat. Cum qua pragmatica videtur conuenire practica Franciæ, de qua testatur *Rebuffus vbi supra.*

7 Qua re lapsus est *Rouitus dum d. num. 18.* credit, dictam pragmaticam esse conformem iuri communi. Quamuis enim partim cum illo conueniat, partim discrepat. Conuenit quidem, quatenus statuit, nullitatem, quæ constat ex actis impedire executionem: at discrepat, quatenus vniuersim decernit, nullitatem, quæ requiri probationẽ extra acta, nõ impedire executionem. Etenim iuxta ius commune ex communi prædictorum Doctorum sententia, nullitas, quæ potest in continenti probari, etiam si aliunde, quàm ex actis quærenda sit probatio, impedit executionem. Habet autem dispositio prędictę pragmaticę eã decidẽdi rationem, quam considerauit *Rebuff. vbi supra,* videlicet, quoniam quamuis, qui nullitatẽ allegat, habeat ex parte sua paratas in promptu probationes: altera pars aduersa poterit fortasse eas reijcere, & reprobare, & interim potest esse longa mora, quam non est æquum, vt expectet executio. Inde fit, vt executio non retardetur ob nullitates, quæ probandæ sunt per extrinsecas probationes.

8 Attento etiam eodem iure Neapolitano aduertendum occurrit, terminum decem annorum præfixum per

prag-

*pragmaticam 77.cap.2 1.de offic.S.R.C.*quæ in nouissima compilatione est *pragmatic.4. de dilationibus*, ad proponendam nullitatem contra sententias per viam actionis, correcto quoad hoc iure communi, quod concedebat terminum triginta annorum, non comprehendere casum, quo nullitas proponeretur per viam exceptionis ad impediendam sententiæ executionem; quinimò in eo casu seruanda est generalis regula, vt quæ temporalia sunt ad agendum, sint perpetua ad excipiendum *l.purè 5.§.finali ff.de doli mali, & met.except. l.petendæ 6.C.de tempor. in integr.restit.l.licet 5. Cod.de except.Panormitanus in cap. si autem 9.num.5.Felinus num.6.de rescript.Angelus Aretinus in §.actionum,num.119.in fin.Instit.de action.Negusantius de pignor.5.part.princip.memb.3.1.part.num.35.Thusc. liter.T.concl.27.Ioannes Garcia de nobilitate,gloss.6.§.num. 7.& 8.*

9 Sed huic animaduersioni fortiter obstat limitatio solemnis prædictæ generalis regulæ, *temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, tametsi non omnibus nota, videlicet eam non procedere, cùm ea, quæ proponuntur ad excipiendum, possunt similiter proponi per viam actionis: tunc enim exceptiones non sunt perpetuæ, sed temporales, & durant pro eo tempore, quo durat actio, non vlterius. Exemplum primum fit in integrum restitutio, quæ & potest proponi per viam actionis, & per modum exceptionis, & tamé etiam si proponatur per viam exceptionis, non potest opponi vltra quadriennium, vltra quod non protenditur restitutio intentata per viam actionis *l.vltim.C.de tempor.in integ.rest.vbi Doctores gloss. vltima,in l.Respublica 4.Cod. ex quib.caus.maior.* & ibi notant Doctores *cap.1.de in integr.restit.in 6. Clement. 1.eod. tit.l.8.tit.19.par.6.l.7.tit.29.par.3. Anton.Gomez tomo 2. variar.cap.14.num.7.* Quam limitationem probat textus *in leg.nam postea 9.§.si minor.ff.de iur.iurand.* eamque tradunt *Bart.ibi in principio,Paulus num.10.Alexand.numer. 55.Iason.numer.23* tametsi dubius, item dubius, *Bartholomæus Socinus num.7.Cynus in l.superuacuam,vltim.,nu.9. C.de tempor.in integr.restitut.Albericus in leg.si quis libertatem 7.num.4.ff.de petit.hæredit.& in l.nec non 28.§.exemplo,ff.ex quib.caus.maiores,Felinus in capitul.si autem 9.nu. 6.colum.2.versic.Procedit ergo de rescript. Guiliem.Rodoanus de reb.Eccles.non alienand.quæst.78.cap.2.num.14.Sforzia Oddus de restit.in integ.1.par.quæst.35.artic.7.ex num. 41.Antonius Gomez tom.2.variar.cap.14.numer.8.Ioannes Garcia de nobilitate gloss.6.d.§.1.num.7,& 8.* Secundum exemplum est querela inofficiosi testamenti, de qua loquitur textus *in l.Papinianus 8.§.fin. ff.de inofficioso testament.& in l.nec non 28.§. exemplo, ff.ex quib.caus. maior.* vbi querela in officiosi lapso quinquennio, quo proponi potest agendo *l.contra maiores 16.C.de inofficios.testament.* non potest proponi excipiendo.

10 Ratio autem huius limitationis redditur ab omnibus, quia quando remedium potest proponi tam per viam actionis, quàm exceptionis, potest iure imputari ei, cui competit, cur non egerit, sicut imputatur quando habet actionem, quia in potestate illius est, an, & quando agere velit, & ita remedium illud est temporale. Secus est, quando solum proponi potest per viam exceptionis, quia tunc non potest imputari ei, cui competit, cur remedio suo vsus non fuerit, cum non fuerit in sua potestate, an aduersarius agat, & occasionem ei præstet se defendendi, & suam exceptionem proponendi. Ita fit, vt exceptio sit perpetua, quamuis actio sit temporalis, quæ ratio videtur desumpta ex *textu in l.petendæ 6.C.de tempor. in integ. restitut.*

11 Cum igitur nullitas sit eius naturæ, vt possit proponi per viam actionis, atque item per viam exceptionis, & per consequens remedium anomalum, videbatur inferri, cùm finiatur decennio proposita per viam actionis, *iuxta dictam pragmaticam 77.capit.21.de offic. S.R.C.* decennio quoque præludendam viam eam proponendi per viam exceptionis, & non esse perpetuam, vt diximus *num.8.*

12 Sed mihi displicebat ista solemnis limitatio sic generaliter intellecta, & ratio, qua probatur à Doctoribus. Occurrebat enim ratio probatur contra eam, cui nescio quid responderi possit. Nempe, quòd omnis debitor, seu reus, qui habet exceptionē, potest ea vti tāquā actione, eāque proponere in iudicio, præueniens suum creditorē, eumque ad iudicium prouocans, cōtendens à iudice declarari, eam exceptionem sibi competere, vt dixi supra *hoc titulo disput.14.num.7.& probat textus in l.si contendat 29.ff.de fideiussor.* prosequitur vltra citatos à me *ibi,Felinus in cap.si autem 9.num.6.colum.3. versic. Vltimo circa gloss.& ibidem Panormitanus numer. 5.in fin.Decius numero 21.de rescript.* Ex quo consequens est, si ob id temporalis debeat esse exceptio, quòd possit per viam actionis proponi, possitque tunc imputari eam habenti, cur non eam in iudicium deduxerit, & per viam actionis proposuerit, vt omnis exceptio sit temporalis, siquidem similiter poterit imputari reo, cur proponens exceptionem suam, actorem, seu creditorem ad iudicium præueniendo, non prouocauerit, & regula illa celebris, *quæ temporalia sunt ad agendum esse perpetua ad excipiēdum*, vniuersim erit falsa, & nunquam verificari poterit. Cumque hæc mecum cogitarem, inueni *Barthołomæum Socinum in d. l. nam postea 9.§.si minor.nu.7.ff.de iur.iurand.* obijcere hanc eandem rationem contra doctrinam Bartoli, & aliorum, & relinquere cogitandum, quasi cui nihil, quod responderi posset, occurreret, quam considerationem latius prosequitur *Decius vbi supra.* Et gauisus sum, incidisse me in eandem cogitationem, quæ doctissimis, & accurissimis viris venerat in mentem, id, quod non semel mihi accidit.

13 Igitur ad prædictum *textum in dict. §. si minor*, qui totam hanc materiam cōturbauit, varijs modis respondent Doctores, quo aliter prædictam celebrem regulam, perpetua esse excipiendum, quæ temporalia sunt ad agendum. Notantes in primis, in integrum restitutionem de qua in prædicto textu sermo est, non peti iure actionis, neque item esse verè exceptionem, sed officio iudicis nobili expediri, quod ipse I. C. planè indicat ibi: *Præterea exceptio ista sine cognitio*, quasi corrigēs dictum suum, dum restitutionem vocauerat exceptionem, & appellans eam pro priori vocabulo, *Cognitionem*, vt ibidem animaduerterunt Scribentes. Quemadmodum etiam querela inofficiosi, neque est actio, neq; accusatio, sed expeditur officio iudicis, vt docet *Bart.d.§.si minor,nu.3.*

14 Primò dicunt, prædictum textum non loqui de exceptione; sed de replicatione, quæ venit ad coadiuuandum actionem, vt accedit duplicatio ad coadiuuandam exceptionem, & sic, quemadmodum actio temporalis est, ita quoque replicatio est temporalis: non secus, ac duplicatio est perpetua, quia exceptio ab ipsa coadiuuata est perpetua. Ita respondet *Accursius in dict.§.si minor, verbo Statutum tempus*, quem ibi sequitur *Salicetus numero 7. in fin.& num.8.& in l.licet 5.numero 1.in fin.C.de exceptionem,& ibi Cynus in fine,& Baldus ante numer.1.Paulus in dicto §.si minor,numero 9.Antonius Butrius in cap. si autem 9num.8.Panormitanus numer. 5.circa finem,Felinus num*

6.colum.1.versic. Limita 3. Imola num. 4. Decius ex num. 28. de rescriptis.

15 Secundo dicunt, exceptionem, postquam nata est, esse perpetuam, verùm eius natiuitatem impediri posse statuto tempore. Quare si minor negligat intra quadriennium restitutionem petere, exceptio non orietur, ac per consequens non poterit esse perpetua, nam non entis nullæ sunt qualitates, *l. eius, qui in Prouincia 41. vers. Quoniam tunc, ff. si certum petat.* Exceptio autem non oritur, neque competit, nisi post obtentam restitutionem, *lege exceptione 7. §. vltim. ff. de exception. gloss. in lege nec non 28. §. ex mplo, verb. Nasto ff. ex quib. caus. maior. Bart. in dict. §. si minor, in fine principij. Ita idem Bartol. in eod. §. si minor, nu. 5. Paul. nu. 9. Fulgosius nu. 6. Romanus nu. 17. Socinus nu. 7. Antonius Faber in verb. Præterea exceptio ista in rationalibus, Felinus in d. cap. si autem, d. num. 6. versic. Limita 5. de rescript.*

16 Tertio dicunt, exceptionem aliquando identificari cum actione, & non differre ab illa, nam cui damnus actionem, maiori ratione exceptionem concedamus necesse est, *l. 1. §. quod autem ait Prætor, ff. de superficiebus, l. initus 199. §. cui damus, ff. de regulis iuris.* Et tunc, cùm actio est temporalis, exceptio etiam est temporalis. Secus vbi exceptio differt actione, & non ex eo competit, quòd quis actionem habeat, sed ob diuersam causam, & æquitatem: nam tunc exceptio erit perpetua, quamuis actio sit temporalis, *vt in dict. l. purè, §. fin. ff. de doli mali, & met. exception. Ita Cynus in dict. l. licet in fin. C. de except. Fulgosius in d. §. si minor, num. 6. Anton. de Butrio in dict. cap. si autem, num. 8. Panormit. num. 5. Imola num. 4. Decius nu. 24. Felinus num. 6. vers. Limita 6. & vers. Quare dixit Bartol. cum vers. Sequenti de rescriptis.*

17 Quarto ego considero, quòd *in dict. l. purè 5. §. fin.* statuitur regula regeneralis exceptiones esse perpetuas: quamuis actiones sint temporales, qua regula excipitur restitutio integrum *in d. §. si minor*, limitata prædicta regula, atq; item quærela inofficiosi testamenti. In exorbitantibus autem non sumitur argumentum, vt extendatur dispositio de vno casu ad alterum propter identitatem rationis, *l. quòd verò contra 14. l. ius singulare 16. ff. de legib. Bartol. & Romanus in l. si verò 65. §. de viro, ex nu. 1 ff. solut. matrim. Solorzanus de Iure Indiarum, tom. 2. libro 2. cap. 21. ex num. 41.* Quare non rectè sumitur argumentum à remedio restitutionis, aut quærelæ, ad remedium nullitatis, vt quod disponitur in primis, censeatur dispositum in postremo. Quemadmodum non rectè colligitur ex eo, quòd petendę restitutioni solum detur terminus quadriennij, *l. vltim. C. de emptor. in integr. restitut.* & quinquennium proponendæ quærelæ inofficiosi, *l. Papinianus 8. §. vlt. ff. de inofficios. testam. l. contra maiores 16. l. si quis filium 24. in fin. Cod. eod. tit.* simili modo proponendæ nullitati solum esse concedendum tempus quadriennij, aut quinquennij.

18 Eadem prorsus ratio occurrit in dispositione *d. pragm. 77. cap. 21. de offic. S. R. C.* de qua supra *num. 8. & 11.* quia, cùm illa sit, non solum exorbitans, sed correctoria iuris communis, vt ipse textus asserit, quatenus coarctat tempus proponendi nullitatem per viam actionis intra decennium, quod de iure communi extendebatur ad triginta annos, nō debet extēdi correctio, vltrà id, quod in ipsa pragmatica expressum est, neque intelligenda etiam de nullitate, quando proponitur per viam exceptionis. Nam si Legislator ita intelligere voluisset, non adiecisset verba limitatiua: & facilè potuisset exprimere per verba generalia, nullitatem, nisi intra decennium proponi non posse, quæ verba comprehenderent vtrumque casum proponendi nullitatem, tam per viam actionis, quàm per viam exceptionis. Quod si id expressit, sed locutus est solum de nullitate proposita per viam actionis, signum est, noluisse corrigere ius commune in alio casu, quam expresso, *cap. ad Audientiam 12. de decimis, vbi notat Abbas num. 2. cap. inter corporalia 2. versic. Vnde si circa, de translat. Episcop. leg. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caducis tollend.* ibi: *Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere, Mantica de tacit. & ambig. convent. libr. 3. tit. 1. ex numer. 4. Peregrin. de fideicomm. artic. 11. numer. 33. 34. & 35.* etenim quod non mutatur, quare stare prohibetur, *l. sancimus 27. in princ. C. de testam. l. præcipimus 32 in fin. C. de appell. Authent. de administrantib. offic. in fin.*

19 Iuxta idem ius Neapolitanum occurrit secundo aduertendum circa eandem *pragmat. 77. de offic. S. R. C. sen 4. de dilationib. in cap. 25.* dum statuitur ibi, omnes exceptiones, quæ opponuntur aduersus sententias, vel decreta diffinitiua S. C. ad finem impediendi executionem, debere proponi triginta dies ab intimatione sententię, vel decreti, & elapsis prædictis triginta diebus, etiam si opponantur, non impedire executionem: non comprehendi sub hac dispositione nullitatem propositam per modum exceptiones, quæ etiam si opponatur post terminum illorum triginta dierum, nihilominus impediet executionem, dummodò constet ex actis, & non sit opus aliunde probari, iuxta dictam *pragmat. 5. cap. 2. de officio S. R. C.* Ratio autem est, quia *dict. pragmat. 77. in cap. 25.* etiam si posterior loquitur per verba generalia: dicta autem *pragmatic. 5.* quæ prior est, loquitur specialiter dē nullitate. Succedit igitur certissima conclusio, videlicet specialiter statutum derogare statuto, aut legi generali, *l. sanctio legum 41. ff. de pœnis, in toto iure 81. ff. de reg. iur.* quæ locum habet, siue specialis prouisio subsequatur generalem, & sic posterior, siue generalem præcedat, & sit prior, vt notat *Dec. in d. l. in toto iure, num. 7. vers. Et ista conclusio, & n. 11. Cagnolus n. 8. Pelaez,* allegat qui plurimos *de maioratib. 2. par. quæst. 12. numer. 1. & 2. (dixi titul. 1. disput. 2. quæst. 8. section. 5. num. 1212.)* Hęc quoad primum casum.

20 Secundus casus est, quando nullitas proponitur per viam actionis. Proponitur autem per viam actionis, quādo nulla mota lite ab alio creditore, aut actore super executione sententiæ, aut instrumenti, neque petita executione, reus ipse, aut debitor obligatus ex sententia, aut instrumento, petit, sententiam, vel instrumentum declarari nulla, mouens ipse primus litem, aduersariumque præueniens nondum prouocatus. Vel quando facta iam executione, & quiescente aduersario, qui eam obtinuit, victus proponit nullitatem sententiæ, aut instrumenti executorum, cōtendens, omnia reuocari debere. Etenim animaduertere oportet, nullitatem non esse propriè exceptionem, vt notat *Grassis tract. de exceptionib. except. 20. nu. 3.* qui plurimos allegat, non enim venit directo cōtra actionem sed contra radicem actionis similis in eo restitutioni in integrum: & sic est remediū anomalum, quod interdum vicem habet actionis, interdum induit officium exceptionis. Proponitur autem tanquam exceptio, quando aduersario agente, & litem mouente reus conuentus opponit nullitatem. Latiùs prosequitur *Scaccia de appell. q. 19. re med. 1. concl. 3. nu. 1. & 3. cum seqq.*

21 Hoc autem casu dicendum est, nullitatem non impedire executionem sententiæ, aut instrumenti, sed pendēte causa nullitatis à reo mota, sententiam, vel instrumētum

esse

esse executioni mandanda contra debitorem. Hanc sententiã amplectitur *Angelus in leg. 1. num. 5. ff. nil nouari appellat. pend. Baldus in l. si quando 7. num. 5. C. de ordin. cognit. & in l. appellatione 3. numer. 10. C. de appellat. & in leg. vnica, numer. 1. C. ne liceat in vna, eademque caus. Alexand. in l. 4. §. condemnatum, numer. 32. ff. de re iudic. Philipp. Franc. in cap. dilecto 63. numer. 32. de appellat. Vantius de nullitatib. titul. quot, & quibus mod. nullitas, numer. 29 Contard. in l. vnica, limit. 7. numer. 19. C. si de moment. possess. Lancellot. de attent. capit. 17. ex numer. 17. Octauianus Vestrius in praxi Romana Curiæ, lib. 8. capit. 1. numer. 7. Socinus regula 163. versic. Primò quando aliàs, liter. E. regul. 13. Canarius de execut. instrum. q. 51. Gutierrez de iuram. confirm. 1. part. capit. 2. num. 29. Azeued. in l. 1. numer. 143. tit. 21. libr. 4. Recopil. Rebuff. tomo 1. in Constit. Regi tract. de sentent. prouisional. in præfat. num. 132. & tom. 2. tract. de rescissionibus contractuum, artic. vnico, gloss. 4. num. 7. Giurba decis. 100. num. 1. & 3. Scaccia de appellat. quæst. 19. remed. 1. conclus. 4. ex num. 1. 7. & 24. Rota decis. 3. de except. in nouis, aliàs decis. 380.* faciunt quæ congerit *Asinius in praxi iudicior. §. 31. capit. 2. ampliat. 11. Muscatell. in prax. libr. 2. part. 1. glossa in forma, numer. 94.* Rationem reddit Baldus, & reliqui, quoniam nullitas, quæ proponitur agendo requirit processum, & viam ordinariam iudicij. Viam autem ordinaria non potest excludere, aut impedire viam executiuã: qua via ordinaria desiderat, & expectat sententiam, quia declarentur sententia, vel instrumentum nulla. Ergo non potest statim impedire executionem, quia hoc esset dare effectum, & executionem sententię, prius quàm proferetur sententia, contra regulas iuris communis, *l. 1. C. de execut. rei iud. l. si cum nulla 58. ff. de re iudicata.*

22 Secundò, quoniam iniquum esset, vt debitor timens, ne conueniretur à creditore, pręueniendo ipsum solum proposita nullitate, & nondum probata fraudaret creditorem, auferens illi viam executiuam, & illum illudens se liberaret à celeri & breui exactione debiti, ad quam se obligauerat, vt dicebam suprà *disp. 14. nu. 7.*

23 Limita tamen primò huius casus resolutionem, si nullitas sententiæ, aut instrumenti, aut contractus constaret in promptu ex ipsis actis, aut instrumento, aut probaretur incontinenti: tunc enim etiam nullitas proposita per viam actionis impediret executionem posteà intentatam. Hæc limitatio colligitur ex eadem ratione, qua diximus, nullitatem notoriam, quæ constaret ex actis, vel instrumento impeditură executionem cum proponitur per viam exceptionis, quia similiter militat in hoc casu. Etenim quod constat nullum esse nullum effectum potest operari, *l. 4. §. condemnatum, cum similibus ff. de re iudic. August. Barbosa axiomate 164.* Atque hanc limitationem amplectuntur *Anton. Gabriel. libr. 2. communit. tit. de exceptionibus conclus. 4. num. 1. et 2. Octauianus Vestrius in praxi Romana Curiæ, lib. 8. cap. 1. numer. 7. vers. Mitigaretur tamen, Contardus in l. vnica, limit. 7. ex numer. 57. et numer. 63. C. si de moment. possess. Scaccia de apppellat. quæst. 19. remed. 1. conclus. 4. ex numero 25. et ex numer. 29. et num. 86.* planè sentit *Afflict. decis. 283. et Anton. de Amato variar. resolut. lib. 1. resol. 36.*

24 Limita secundo de iure Neapolitano, si reus, aut debitor facta præuentione solemni, allegat, contractum, aut instrumentum, aut testamentum esse nulla, ac proinde non posse procedi ad executionem eorundem, & præstet cautionem in casu succumbentiæ, seruata forma *Regie pragmaticæ Malitijs, vnicæ, de præuentione moderanda*, nám eo casu impedietur executio donec finita sit causa præuentionis: iuxta dicta suprà *disput. 14. ex numero 11. & dict. pragmat. vnic. & Ritus* dicto loco allegatos notat *Muscatell. in prax. lib. 2. part. 1. gloss. in forma, num. 94.*

25 Limita tertiò de stilo S.R.C. Neapolitani; vbi contra sententiam allegaretur nullitas, esset non seruata forma præuentionis, quæ tamen nullitas constaret ex actis sine vlla necessitate extrinsecę probationis: nam ea nullitas allegata etiam per viam actionis, vt fere semper allegatur impedit executionem. Dixi, *vt ferè semper allegatur*, nam reus condemnatus subito post prolationem sententiæ, & non expectata petitione victoris pro illius executione, non prouocatus proponit nullitates aduersus sententiam, & sic non opponitur nullitas per modum exceptionis: & eo non obstante, semper impeditur executio, donec declaratur, non obstare nullitates propositas. Hæc autem consuetudo, seu stilus originem duxit a *pragmat. 5. ca. 2. de offic. S.R.C.* quæ generaliter statuit, *quando allegantur nullitates ex eisdem actis, tunc prout iuris ratio expostulat, & vsu receptum est, quousque discutiantur in executione supersedendum.* Quæ verba generalia vtrumque casum comprehendunt, siue allegentur nullitates per viã actionis, seu per viam exceptionis. Et vbi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus, *l. 3. in fin. ff. de offic. Præsid. l. Imperator 8. §. vltim. ff. de postul. leg. non distinguemus 37. in princip. ff. de recept. arbitr. leg. de pretio 10. ff. de public. in rem act. l. 1. §. quod autem ff. de aleat. l. vltima, Cod. de hæredit. vel act. vend. Ludouicus Roman. in leg. si verò 65. §. de viro, numer. 19. ff. solut. matrim. Socinus regula 284. litera L. Thusc. liter. D. concl. 508. & litera L. conclus. 261. Surdus cons. 271. numer. 27. & 28. libr. 2. Castillo de vsufruct. cap. 3. num. 81. & quot. controuers. lib. 4. cap. 14. num. 5. Aug. Barb. axiomate 136. n. 4.* Huius autem stili meminit *Lancellot. de attentatis capit. 17. numer. 86. & numer. 139. & 140. Afflict. decis. 356. num. 1. Scaccia de appellat. q. 19. remed. 1. conclus. 4. num. 91. Muscatellus in prax. lib. 2. part. 1. glos. nullitatis, numerò 49.* Quam eandem consuetudinem seruari Florentiæ testatur *Paulus Castrensis in Authent. qua supplicatio, num. 3. C. de precib. imper. offerent. Decius cons. 103. in princip. & num. 1. Lancellot. vbi sup. nu. 83. Scaccia d. conclus. 4. num. 2. vers. Primò aduertendum, & num. 90. Contardus in l. vnica, limit. 7. num. 23. C. si de moment. possess.* Quid autem specialiter statutum sit in Regno Neapolitano circa exceptionem nullitatis obiectæ in via executiua intentata, pro exactione redituum censualium, vide apud *pragmat. 1. de censib.* quæ negat, esse admittendas exceptiones nullitatis, & falsitatis, & solum decernit admittendam exceptionem solutionis.

26 Occorit tandem aduertendum iuxta ius Neapolitanum, non posse dici nullitate duarum sententiarum conformium sub pœna ducatorum sex: esse item impositam pœnam dicentibus de nullitate sententiæ S.C. calumniosè, si succumbant, per *pragmat. capit. 3. de offic. S.R.C.* quæ augetur per *pragmat. 77. capit. 24.* quæ hodie est *pragm. 4. de dilationibus*, in nouissima compilatione, quæ circa nullitates proponendas multa decernit *c. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. & d. cap. 24. & in prag. 78. seqq. eod. tit.* quæ in nouissima compilatione est *pragmat. 5. de dilationib.* vide item *Muscatell. vbi sup. in tota d. gloss.*

27 Deueniendo ad secundum caput de restitutione in integrum, Tertius casus est, quando restitutio in integrum proponitur contra executionem per viam exceptionis. Ea enim neque est vera actio, neque exceptio: sed propriè pertinet ad officium Iudicis nobile, quo expeditur, *l. quod si minor 24. §. vlt. ff. de minor. l. nam posteà 9. §. si minor, ff. de iur. iurand.* & ibi Doctores *Fachineus controuers. iur. libr. 12. capit. 17. vers. Ad vltimum, Octauianus Vestrius*

in praxi

in praxi Romanæ Curiæ lib. 8. cap. 3. num. 3. post autem in iudicium deduci tanquam actio, & tanquam exceptio: eodem modo, quo de nullitate dictum est; *Bart. Bald. & cæteri in dict. §. si minor, Vestrius in dict. cap. 3. numer. 19. Contard. in l. vnic. limit. 8. nu. 60. & 61. C. si de moment. poss.*

28 Igitur in hoc casu, Primò dicendum est, exceptionem restitutionis obiectam incidenter, seu in modum exceptionis contra executionem sententiæ, aut instrumenti, cuius iustificatio constet ex actis, vel possit in continenti probari, impedire executionem sententiæ, vel instrumenti exequibilis. Ita sentit *Bart. in l. 4. §. condemnatum, n. 3. ff. de re iud. in l. si Prætor, §. Marcell. n. 4. ff. de iud. & in l. defend. 21. n. 2. & 3. ff. de author. tut. Bald in laudeati 4. n. 4. in fi. C. si ex fals. instrum. Ioann. de Imola in d. §. condemnatum, n. 9. Cumanus numer. 5. Alexand. num. 26. Ias. num. 26. Ripa nu. 30. Zasius num. 14. Alciatus in l. si causa cognita 32. num. 8. & 9. C. de transact. Maranta in speculo aureo, part. 6. tit. de execut. num. 58. Didac. Perez in l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, column. 1111. vers. Vtrum autem, Roderic. Suarez in l. post rem, ff. de re iudic. in declarat. leg. Regni, post limitationes, §. sed pro euidentia, nu. 44. Couarr. in pract. cap. 25. num. 7. Auiles in cap. 10. Prætorum, verb. Execucion, numer. 68. Gutierrez lib. 1. practicar. quæst. 134. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 3. num. 9. Ioannes Garcia de nobil. gloss. 6. §. 2. ex num. 17.* latissime vsque ad finem eiusdem §. *Rodriguez de executione, capit. 6. num. 7. Parlador. libr. 2. rer. quotid. cap. fin. 5. par. §. 11. numer. 53. Afflict. decis. 356. Franch. decis. 86. & decis. 702. Capic. decis. 53. Mastrill. decis. 30. Thesaur. notabili decis. 181. Munsyngerus singul. obseruat. cent. 1. obseruat. 41. Rota diuers. decis. 807. 4. part. Cauarius de execut. instrument. quæst. 21. num. 48. & 49. part. Francisc. Marcus decis. 53. ex numer. 9. 2. par. Lancellot. de attentat. cap. 18. num. 118. Contardus in l. vnica, limit. 8. numer. 59. & 62. C. si de moment. possess. Menoch. de adip. possess. remed. 4. num. 919. Sforeia Odd. de restit. part. 1. quæst. 42. art. 6. ex num. 22. & q. 43. art. 6. ex num. 91. & art. 7. ex num. 94. Thuseb. lit. R. concl. 293. ex num. 2. Ricc. collect. 188. Ceual. in specul. practic. q. 830. ex nu. 16. Trentacinq. libr. 2. variar. tit. de appell. resol. 1. num. 27. & 28. Fachin. controu. libr. 12. cap. 16. Olanus in concordia, liter. E. numer. 24.* Ratio autem est, quia si causa restitutionis constat ex actis, aut probatur in continenti, restitutio concedi debet; concessa autem rescindit contractus, & instrumenta, quare non poterit eorum executio sustineri.

29 Secundò dicendum est, si læsio, quæ iustificat restitutionem in integrum, non constet ex actis neque in continenti, probari possit, sed requirat altiorem indaginem, exceptionem restitutionis non debere admitti in via executiua, neque ob eam impediri, aut retardari executionem, eodem modo, quo de nullitate dictum est superius. Ita docent *Bart. Bald. Ripa, Contardus, Menoch.* & cæteri, qui sentiunt, & exceptionem restitutionis in integrum posse, & debere admitti via executiua, & quibus sunt Doctores Hispani, *numero præcedenti allegati*. Ratio est, quia via executiua est summaria, & breuis; in qua nō admittuntur exceptiones requirentes altiorem indaginem, vt dixi supra *num. 2.* & communiter docent *Scribentes in d. leg. 4. §. condemnatum, ff. de re iud.*

30 Aduersus hanc secundam conclusionem, duobus modis insurgunt Doctores, Alij reprobantes hanc Bartoli doctrinam, & distinctionem; eo quòd credant, petitam restitutionem in integrum, siue in continenti posit constare de eius iustificatione, siue requirat altiorem indaginem, semper suspendere executionem. Sed quoniam loquuntur in genere, & non loquuntur specificè de restitutione in integrum incidenter obiecta per modum exceptionis in via executiua, eorum verba magis adaptantur ad restitutionem in integrum propositam principaliter per viam actionis, ideò eos posteà referemus, cùm agamus de quarto casu.

31 Alij ex reo reprobant istam communem doctrinam, quòd credant, restitutionem peti non posse, post petitam, & cœptam executionem; vt post expeditum mandatum de parendo, iuxta consuetudinem Regni Neapolitani, aut post literas executoriales expeditas, & virtute earum capta pignora, aut decretam eorum venditionem, etiam si executio non sit perfecta. Isti consequenter dicturi sunt, non posse restitutionem in integrum allegari incidenter, tanquam exceptionem in via executiua. Exceptio enim non obijcitur, nisi actione intentata, aut officio iudicis excitato. Et si restitutio tanquam exceptio alleganda est incidenter, debet allegari post petitam executionem, vel cœptam: quoniam eo tempore obijciuntur exceptiones contra executionem, non antea, quam incipiat; & incidens nunquam cadit, nisi in causa principali cœpta cuius respectu incidens dicitur. Ex istis sunt *Rota apud Farin. 1. part. tomo 1. decis. 370. numer. 2. Puteus decis. 277. de prima Iunij, lib. 2. Seraphinus decis. 777. numer. 12. Benedict. de Barzis tractat. de guarentigia, 3. part. quæst. 21. Cauarius de execut. instrum. q. 21. num. 48. Francisc. Marcus decis. 53. numer. 13. circa finem, 2. part.* qui allegat Franciscum Aretinum, apud quem tamen nihil adhuc articulum attinens reperitur, *Scaccia de appellat. quæst. 19. remed. 2. num. 109. Lancellot. de attentat. cap. 18. ex num. 116. Benintendis decis. 85. num. 15. Mastrill. decis. 30. Marescot. variar. resolut. libr. 2. cap. 121. nu. 14. Gratian. decis. 172. ex numero 3. Mantica decis. 219. nu. 3. & 5. Rota diuersorum, decis. 346. num. 6. 1. par. Thuseb. lit. R. conclus. 293. num. 8. & 18. Ioannes Vincent. de Anna in repet. cap. 1. de vassall. decrepitæ ætatis, ex num. 239. Rouitus in pragmat. 1. de minoribus, num. 25. versicul. Quod procedit, & num. 26. & 28. & decis. 91. num. 22.*

32 Quatenus verò Anna, & eum sequutus Rouitus existimant, hanc doctrinam locum habere in restitutione, quæ petitur post expeditum mandatum de parendo in hoc Regno Neapolitano, quasi petatur post cœptam executionem, quia expedito mandato dicatur cœpta executio, atque adeò sit præclusa via petendæ in integrum restitutioni, falluntur manifestè, & loquuntur contra textum expressum *in l. defendente 21. ff. de authoritate tutor.* vbi postquam Procurator Cæsaris expedierat mandatum de parendo, pro executione sententiæ condemnatoriæ, dicens: *facias iudicata*, nihilominus posteà petita, & concessa fuit pupillo condemnato restitutio. Quando verò executio dicatur cœpta, vel perfecta, tractat eleganter *Bartol. conf. 36. statut. ciuitatis Assisij, vol. 1. & in l. is qui 39. ex num. 2. ff. ex quib. caus. maiores, Bald. in l. consentaneum 8. num. 43. C. quomodo, & quando Iudex.*

33 Ego attentius hæc meditatus existimo, Doctores paulo antè allegatos *numer. 31.* passos maximam æquiuocationem in hoc articulo. Cùm enim dicunt, restitutionem petitam post cœptam executionem, non impedire, nec suspendere cœptam executionem, non videtur agere de restitutione proposita incidenter per modum exceptionis in via executiua, quæ nisi cœpta executionis obijci non potest, vt aduertimus supra *d. numer. 31.* Sed potius loquuntur, aut intelligendi sunt, loqui de restitutione, proposita per modum actionis, & principalis petitionis, postquam petita, est, vel cœpta executio. De qua multi probabiliter sentiunt, eo tempore, & eo modo petitam, non suspendere executionem cœptam, prædicti videlicet dict.

*dict.n.*31.allegati. Multi tamen alij sunt, qui eredant veri similius, iudicio meo, ea quæ facta fuerint in processu executiuo temporæ petitæ restitutionis, in suo robore mansura, & non reuocanda pendente causa restitutionis; sed tamen acta processus executiui superuentura post petita principaliter restitutionem, vt venditionem pignorum, aut subhastationem, aut possessionem, vel adiudicationem, bonorum executorum nondum prouisa, suspendi, & impediri debere, donec causa restitutionis definiatur. Quos commemorat, & sequitur *Scaccia de appellationib.quæst.*19.*remed.*2.*numer.*72.*in fin. & numer.*110. vbi dicit, esse veram eorum opinionem, & seruari in praxi, *Sforcia Oddus de restit.*1.*part.q.*43.*art.*6.*num.*91.*Lancellot.de attentat.cap.*18.*num.*117.*&* 118.iuncto *num.*13.*&* 14.iterum dicam *infra num.* 43.

34 Non video autem, prædictos Doctores *d. numer.*31. allegatos loqui in specie de casu quem modò examinamus, videlicet quando restitutio in integrum opponitur incidenter in via executiua aduersus executionem iam cœptam, quemadmodum posset opponi exceptio solutionis, aut compensationis, aut pacti de non petendo, aut aliæ similes, de quo casu in specie loquitur *Contard.in l.vnic.limit.*8.*num.*59.*C.si de moment.possess.* Hæc autem exceptiones in via executiua non opponuntur, nisi post cœptam executionem vt de iure Castellæ, post subhastata pignora capta in causam iudicati, & tempore, quo debitor executioni cœptæ se opponit, vt dixi *hoc titul. disput.*1.*num.*29. De iure communi, & Neapolitano, tempore, quo est expeditum mandatum de parendo, aut præceptum de soluendo cum comminatione executionis, vt dixi *dict.quæst.*1.*num.*36. aut tempore, quo post capta pignora intimatur mandatum de reluendo, aut quo subhastantur pignora, & antè perfectam executionem, tunc enim possunt opponi exceptiones, quæ admitti solent in via executiua, & sic durante processu executionis intentatæ, & cœptæ, non antea. Quæ exceptiones non impediunt cursum processus executiui vsque ad sententiam, vel decretum vltimum; verùm si probentur, liberandus est reus, & absoluendus ab executione cœpta, restituenda que sunt illi pignora in causam executionis capta. Igitur idem prorsus dicimus de restitutione in integrum opposita incidenter executioni per modum exceptionis, quæ siue constet ex actis, siue in continenti læsio probari possit, id est intra breuem, & summarium terminum processum executiui, intra quem cæteræ exceptiones in via executiua admittẽdæ, probandæ sunt, impediet executionem, non quidem ita vt processus executiuus sistere debeat, & non progredi vlterius; sed eodem modo, quò aliæ exceptiones executioni obstant, videlicet, vt constando Iudici de læsione, & iustificatione restitutionis obiectæ tempore, quo prolaturus est vltimum decretum viæ executiuæ, debeat concessa restitutione reum liberare, & ab executione absoluere, iubendo, illi pignora capta in causam iudicati, seu executionis, libera restitui, quia executio locum non habuerit; quemadmodum fieret probatis alijs exceptionibus, quæ in via executiua admittendæ sunt. Si verò restitutio, aut quælibet alia exceptio altiorem requireret indaginem, non obstaret viæ executiuæ, quia lapsis summarij iudici executiui breuibus dilationibus, & exceptionibus non probatis, executio perficitur, illarum allegatione non obstante, & procedendũ est ad venditionem bonorum debitoris, & satisfactionem creditoris ex eorum pretio, atque ita intelligendus est Bartolus, & alijs eius sequaces, præsertim Hispani, quos allegaui *supra num.*28. *&* 29. quorum sententia expressè sequitur *Scaccia de appellationib.quæst.*19.*remed.*2.*nu.*67. *&* 109.*in fin.* qui alios allegat, & *Contardus*, quem supra retuli hoc eodem numero.

35 Verum est, contrariam huic resolutioni sententiam sequutos alios, quinimò restitutionem non posse obijci incidenter tanquam excemptionem in via executiua, stãte statuto, in quo reijciatur in executiua exceptiones aliæ præter solutionem, aut falsitatem, aut pactum de non petendo, vt esse solet in multis Ciuitatibus, & est in Castella *leg.*1.*titul.*21.*libr.*4. *Recopil.* iuncta *leg.* 2. *eodem titul.* Vrba *dicta l.*1.sunt: *Mandamos, que contra las obligaciones y contratos, y compromissos, ò sentencias que tengan aparejada execucion, que no sea admitida, ni recibida por nuestros Iuezes, ninguna otra excepcion, ni defension, saluo paga del deudore ò promission, ò pacto de no le pedir ò excepcion de falsedad, ò excepcion de vsura ò temor ò fuerça, y tal, que de derecho se deua recibir; y si otra qualquiera excepciõ se alegare, no sea recibida, ni el que la pusiere sea oìdo. Y no embargãte otras qualesquiera excepciones, el Iuez proceda à execucion del tal contrato, ò sentencia, y llencla à deuido efecto.* Ob quæ verba reiectam esse exceptionem restitutionis existimarunt *Bald.in l.in causæ* 14.*num.*2. *&* 3. *ff. de minorib. Olanus in concord.antinomiar.lit.E.num.*24.*in fin.* iuncto *numer.* 22. *antecedenti, in fin. Auendañ.in l.*4.*&* 5.*tit.de las excepciones, ex numer.*44.vbi *num.*45.latè probat *Cancer. variar. resol. part.*2.*cap.*3.*num.*46.*& Parlador.d.cap.fin.*5.*par.§.*11.*n.*54. loquens de restitutione, quæ competit ex alia causa, quàm minoris ætatis. Et ratio est, quia prædicta lex reijcit non solum alias exceptiones, sed defensionem quoque, pro verbo censetur reiecta restitutio, vt prosequitur *Honded.consil.*18.*nu.*85.*libr.*1.post Bartolum, & Alexandrum, quorum sententiam, ait, communiter receptam, & colligitur ex traditis à *Carolo de Grassis de exceptionibus excep.*21.

36 Nihilominus non est recedendum ab ea sententia, quam communissimam credimus, videlicet restitutionẽ posse obijci incidenter, & tanquam exceptionem in via executiua, etiam stante simili statuto, quam sequuntur multi ex allegatis *sup.numer.*28. *& Canar.* loquens in casu simili statuti *de executione instrument.q.*5.*num.*13.*Honded. dict.cons.*18.*ex num.*82.*lib.*1.qui allegat plurimos, *Fachineus controuers.iur.lib.*12.*cap.*17. *Sforcia Odd.de restit.*1.*p. quæst.*42.*art.*6.*ex num.*22.& in specie *num.*26.*cum seq.* Ratio est, quia remedium in integrum restitutionis nunquam censetur sublatum, nisi expressè prohibeatur, quãtumcunque sit generalia statuti verba vt pluribus in eam rem relatis prosequuntur *Honded. & Fachineus vbi supra Sforcia Odd.de restit.*1.*par.q.*15.*art.*6.*num.*44.qui dicit, esse magis communem sententiam, *Contardus in l.vnica.limit.* 8.*ex num.*4.*C.si de moment.poss.*

37 Neque obstat per *d.l.*1. Castellæ sublatam esse defensionem, quo verbo comprehenditur restitutio: nam nisi exprimatur restitutio, non est censenda prohibita, vt prędicti Doctores censuerunt. Deinde quoniam quamuis prædictæ legis verba in principio sint generalia posteà ipsamet lex se restringit, ac limitat, vbi admittit omnes exceptiones, quæ de iure possunt admitti, præsertim iungendo *d.l.*2.*eod.tit.* Ob quam restrictionem Castellani admittunt in via executiua plures alias exceptiones, in *d. l.*1. non expressas, dummodo sint legitimæ, vt pluribus prosequitur *Parlador.* qui latè, sed non ineptè loquitur *in d.cap.fin.*5.*p.§.*11.*ex num.*1.*Paz in praxi*, 1.*tom.*4.*p.c.*3.*per tot. Azeued.in d.l.*1.*ex n.*59.*tit.*21.*lib.*4.*Recop. Oroscius in l.tale pactum* 40.*in princ.nu.*42.*&* 43.*ff.de pact.* consonat *Coler.de process.executiu.p.*4.*c.*1.*ex num.*51.

38 Quæ

pell.num. 109. *Lancellot. de attentat. d.cap.* 18. *ex num.* 101. qui refert multos, *Scaccia de appellat. d.remed.* 2. *num.* 107. *Oddus d.q.* 43. *art.* 2. *n.* 51. *Contardus d.limit.* 8. *num.* 53. probat *textus in l. minor autem* 19 §. *fin autem Princeps*, & §. *idem Imperator, ff. de minorib.* Ratio est propter præsumptionem sententiæ Principis, & summam eius authoritatem: ex qua resultat magna præsumptio calumniæ contra petentē restitutionem aduersus ipsam, & multi Doctores existimant, in hac limitatione fundari decisionem *d.cap. suscitata*.

46 Sublimita tamen omnes præcedentes limitationes, vt non sit procedendum ad executionem, petita in integrū restitutione in omnibus prædictis casibus, in quibus diximus, executionem non impediri, si actus de cuius executione tractatur esset irretractabilis, & irreparabilis, vt contingeret, si tractaretur de exequenda sententia capitali in criminalibus, aut mutilationis membri, aut torturæ, aut, vt multi dicunt, carcerationis, nam istis casibus semper impeditur executio restitutione postulata, nulla facta distinctione. Hanc sublimitationem tradit *Lancell. de attentat. d.c.* 18. *numer.* 134. vbi multos allegat, *Sforcia Oddus de restit. q.* 43. *art.* 2. *num.* 17. *art.* 5. *num.* 86. & *art.* 8. *ex num.* 97. *Scaccia de appell. q.* 19. *remed.* 2. *ex num.* 73. qui allegat etiam multos.

47 De stilo recentiori S.R.C. Neapolitani restitutio in integrum semper postulatur aduersus sententias eiusdem per modum actionis. Non enim expectat victus, vt victor incipiat agere contra ipsum via executiua, fortassis quia Aduocati sibi persuaserint, non debere restitutionem concedi post cœptam executionem, de quo quid sentiendum sit dixi suprà. Et quamuis antiquitus tempore *Afflict. dict. decis.* 356. & *Capicij dict. decis.* 53. vt ex eisdem constat, rarò restitutio aduersus sententias S.C. postularetur, & raro hac via impediretur earum executio, fortassis ob *textum in dict. l. minor autem* 19. §. *fin autem*, & §. *idem Imperator, ff. de minoribus*, cùm S. C. repræsentet Principem, & sit supremum eius Consistorium, nostris tamen temporibus frequentissimè postulatur, & semper impeditur executio, quousque definitur articulus restitutionis. Illud tamen verum est, læsionem examinari ex eisdem actis, nulla admissa exteriori probatione; & sic vsus videtur approbasse sententiam *Bart. in dict.* §. *condemnatum*, sumpto fortassis exemplo ex ijs, quæ in remedio nullitatis statuta sunt in *pragmat.* 5. *cap.* 2. *de offic. S. R. C.*

48 Ex quo venit reijcienda limitatio illa cuius meminit *Lancellot. de attentat. dict. cap.* 18. *num.* 100. *post Marantam in speculo aureo*, 6. *part. tit. de appellat. num.* 111. & *Afflict. d. decis.* 356. *num.* 1. retulit *Sforcia Oddus de restit.* 1. *part. d. q.* 43. *art.* 1. *numer.* 26. videlicet, vt restitutio petita aduersus sententiam assistentię, quę habet executionem paratam ex *Ritu M.C.V.* 259. confirmato, vt creditur, per *pragm.* 2. *de appellationibus* (de quo latissimè egimus suprà *tit.* 2. *disput.* 8. *ex num.* 14.) non impediat executionem. Etenim secundùm stilum hodiernum petita in integrum restitutione, tam contra sententiam assistentiæ prolatam in M. C. V. quàm in S.R.C. semper suspenditur executio, donec deciditur articulus restitutionis, qui semper summariè expeditur ex eisdem actis, nullis admissis exterioribus probationibus.

49 De iure Castellę statutum est *in l.* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* vt non possit opponi nullitas contra sententiam Tribunalium Superiorum Consiliariorum, aut Auditorum Regiorum, à qua non potest interponi supplicatio, quęcunque sit nullitas, siue sit ex defectu iurisdictionis, siue sit notoria, & constet ex actis, sed illa sententia sit executioni mandanda, ita vt deinceps de illa re iam decisa nunquam possit vlla lis suscitari. Itaque nullitas nullo modo impedit executionem Tribunalium superiorum sententię in iudicatum transeuntis. Si verò pronatur nullitas contra sententias prædictorum Tribunalium, à quibus potest interponi supplicatio, videlicet sententias primæ instantiæ, statuitur, nè seorsim de nullitate tractetur, sed reseruetur nullitatis exceptio, aut eius decisio in tempus difinitiuæ. Ratio autem est, quia in Tribunalibus superioribus non attenditur nullitas processus, si alias acta sint iusta; & non debet quæstio de nullitate seorsim examinari, sed simul agi de iustitia: *Valascus de iure emphiteutico, q.* 6. *numer.* 14. *Additio ad Bellamer. decis.* 306. *Gamma decis.* 324. *Giurba decis.* 70. *ex num.* 1. *Gayl. obseru. pract. lib.* 1. *obseru.* 42. *ex num.* 1. *Amat allegat.* 93. *numer.* 7. *Franch decis.* 643. *n.* 2. & 3. *Minsyger singul. obseru. centur.* 1. *obseru.* 27. & limitat *centur.* 5. *obseru.* 93. *n.* 7. facit *Rota in antiquis, decis.* 1. *de libelli oblatione, alias decis.* 145. De cuius legis quartæ interpretatione videantur *Bobad. libr.* 2. *Polit. cap.* 20. *ex num.* 48. *Ioan. Garcia de nobilit. gloss.* 47. *num.* 28. & *Gutierrez lib.* 1. *pract. q.* 96. *num.* 10.

50 Hanc prædictam legem quartam declarauit dominus noster Rex Phillippus III. per pragmaticam promulgatam Madriti 26. die Iunij anni 1615. vt esset etiam intelligenda de remedio restitutionis in integrum, statuendo ne prædicta restitutio peti posset, aut obtineri contra sententijs, à quibus non potest supplicari; neque retardari debere earum executionem ob restitutionem petitam, aut sub eo pretextu suscitari litem iam sopitam, aut retractari sententias latas, sublata hac maxima occasione differendi, & renouandi lites.

SVMMA DISPVTATIONIS
Decimæseptimæ.

1 *Non semper Iudex, qui sententiam protulit, eam mandat executioni.*

2 *Exceptiones sunt in triplici genere.*

3 *Quædam exceptiones opponuntur non contra sententiam, sed contra executionem sententiæ.*

4 *Exceptio expensarum, compensationis, inuentarij, & similes post sententiam opponi possunt.*

5 *Exceptiones modificatiuæ oppositæ in causa principali ante sententiam, & reiectæ à Iudice, non possunt post sententiam opponi.*

6 *Aliæ exceptiones obijciuntur contra actionem intentatam, cuiusmodi sunt exceptiones peremptoriæ.*
Istæ post sententiam obijci non possunt, ib.

7 *Multoties exceptiones etiam peremptoriæ possunt obijci post sententiam.*

8 *Magnum discrimen versatur quoad reiectionem exceptionum per processum ad vlteriora inter exceptiones incompatibiles cum iustitia sententiæ, & eas, quæ repugnant iustitiæ.*
Quando censeatur cognitum de viribus exceptionis, remissiuè, ibidem.

9 *Qui exequuntur sententias, aut sunt meri, aut mixti executores, & in quo differant.*

10 *Merus executor nullas exceptiones potest admittere, aut de illis cognoscere.*

11 *Coram executore mixto possunt proponi omnes exceptiones, quæ coram Iudice principali requirente.*

12 *Exceptiones respicientes merita causæ, & quæ possunt opponi post sententiam, si proponantur coram Iudice requisito, eas debet admittere, non vt eas definiat, sed vt videat, an*

mili-

militent, an non militent, & si videat eas non subsistere, procedit ad executionem, si verò subsistant, supersedendo ab essecutione remittit eas definiendas Iudici requirenti.

13 *Quid sentiat* Bartol.

14 *Exceptiones modificatiuas Iudex requisitus potest diffinire.*
Cui committitur executio censetur commissum, vt faciat omnia quæ concernunt executionem, ib.

15 *De exceptione nullitatis, aut restitutionis contra sententiam potest requisitus cognoscere: sed tamen causam planè instructam sine diffinitione remittit ad Iudicem requirentem definiendam.*

16 *Contrariam sententiam tenet* Socinus.

17 *Quæ tamen reijcitur, & explicatur textus in lide qua re, ff. de iudicijs.*

18 *In casu, quo inferior requirit Superiorem pro executione suæ sententiæ, potest requisitus cognoscere de nullitate sententiæ requirentis, & super illa pronunciare.*

19 *Proponitur quæstio, an possit tertius se opponere executioni sententiæ coram Iudice requisito.*

20 *Coram requisito potest tertius se opponere.*
Super exceptione esse executionem in bonis alienis, potest requisitus cognoscere, & pronunciare, ibid.

21 *Cùm tertius oppositor allegat nullitatem sententiæ, vel instrumenti coram Iudice requisito, vel similes exceptiones, aut prætendit se esse præferendum creditori, qui obtinuit pro se sententiam, potest requisitus admittere exceptionem, et de ea cognoscere non vt eam definiat, sed vt processum instructum definiendum remittat ad requirentem.*

DISPVTATIO XI.

Vtrùm executiones, quæ legitimè possunt obijci contra executionem, sint allegandæ coram Iudice requisito, an coram requirente?

1 NOn semper idem Iudex qui sententiam protulit, eam mandat executioni, sed interdum per alium. Quod nonnunquam fit implorato brachio, seu auxilio alterius Iudicis ordinarij, cùm sit etiam Iudex ordinarius, qui sententiam protulit *vt in leg. à Diuo Pio XV. §. sententiam Romæ*, vbi notant Scribentes, *ff. de re iudic. Hypolit. de Marsil. singul.* 138. *Iudex Decianus tractat. crimin. lib. 4. cap. 38. numer. 2. Bossius diuersor. tract. titul. de sententijs, numero* 115. *Coler. de processibus execut. 1. part. cap. 3. ex num.* 224. *Vincentius Carrocius tractat. de remedys contra præiudiciales sententias, exception. 22. quæst. 30. ex num. 1. Gratianus discept. forens. tom. 1. capit. 146. per tot. Rebuffus tom. 2. in Const. Reg. tract. de literis requisitor. in præfat. num. 25. Cum sequentibus. Cancer. variar. resolut. part. 2. cap. 15. num. 1. cum seqq. (Salgad. de Reg. protect. part. 4. cap. 6. n. 63.)* Ego dixi *tit. 1. disp. 2. quæst. 1. ex num. 16. & quæst. 7. ex num.* 756. Nonnunquam vero delegatus profert sententiam, & executionem eius committit Ordinario, aut Executori, vt in *cap. Pastoralis 28. §. quia verò de offic. de potest. iudic. delegat.* his verò casibus occurrit dubium, coram quo Iudice reus exceptiones suas contra executionem sit allegaturus, an coram Iudice principali sententiam proferente, an coram eo, cui executio demandata est, vel est requisitus ad eam exequendam: & quas Iudex requisitus debeat admittere, & de quibus cognoscere, quasque diffinire: quarum verò cognitionem, & decisionem debeat remittere ad Iudicem principalem, qui sententiam protulit. Ego tetigi hanc difficultatem *dict. tit. 1. quæst. 7. n.* 780. vbi remisi lectorem ad Bartolum, Menochium Cancerium, & alios, quibus addendi sunt Canonistæ *in d. cap. Pastoralis 38. §. quia vero*, *vbi bona glossa, verb. Et si sciat, de officio, & potestat. iudic. deleg. Idem in cap. de cætero 5. de sententia, & re iudic. Legista in l. à Diuo Pio, in princip. & ibi Zasius in §. sententiam Romæ, ex numer. 5. Afflict. in proœmio Constitutionum, ex num. 50. Minsynger singul. obser. cent. 3. obseruat. 69. Farin. in praxi crimin. quæst. 97. ex num. 67. ad 108. Scaccia de appellat. q. 17. limit. 10. ex num. 37. Rodrig. de executione, cap. 1. ex num. 40. Hector. Capic. Latro decis. 82. (Bobadill. lib. 2. Polit. cap. 20. ex num. 45.*

2 Pro resolutione huius difficultatis præsupponendum est Primò, exceptiones, quæ opponi possunt contra sententiam (& idem contra instrumentum guarentigium, quod æquiparatur sententiæ transactæ in iudicatum) esse in triplici differentia. Aliæ sunt, quæ opponuntur contra sententiam ipsam, vt exceptio nullitatis, quæ ideò opponitur contra quia possibilitas oritur.

3 Aliæ sunt, quæ opponuntur, non contra ipsam sententiam, sed contra executionem sententiæ, vt est exceptio, quòd quis non possit conueniri, nisi quatenus facere potest, quæ competit marito respectu vxoris, donatori respectu donat anj nobilis & alijs similibus respectu suorum creditorum, *l. sunt qui in id 16. ff. de re iudic.* Hæc enim, & similes exceptiones nō arguunt sententiam de iniustitia, sed dumtaxat eius executionem moderantur, & modificant, & ideò post sententiam opponi possunt, *l. ex diuerso 17. § sin. ff. soluto matrim. leg. miles 6. in principio, l. Neseninus 41. §. vltimo, ff. de re iudic. Iason in vers. Sed & si quis, ex numer. 1. Instit. de action. Imola in capit. Odoardus, num. 9. per textum ibi, de solutionib. Additio ad Capellam Tholosanam decis. 258. numer. 4. & 3. Barbosa in l. maritum 13. num. 47. vers. Quarto amplia, ff. solut. matrim. Surd. decis. 332. n. 1.*

4 Ex quo consequens est, vt exceptio expensarum, quæ obijcitur rem vindicanti, aut exceptio cōpensationis, inuentarij, pretij ab emptore non soluti, cedendarum actionum, beneficij epistolæ Diui Adriani, etiam post sententiam, & rem iudicatam opponi possint, vt singula singulis referendo probatur ex *textu in l. donum 5. C. de rei vindicat. l. vltima, Cod. de constit. pecun. l. Iulianus 13. § offerri ff. 38. de action. emption.* Docet Bartolus *in leg. in fundo numer. 16. ff. de rei vindicat. & in l. 2. numer. 1. C. de compensat.* prosequitur Barbosa *vbi supra ex num.* 48. idem *Bart. in l. 1. ex num. 2. Cynus num. 4. Bald. ex numer. 4. Salicet. ex num. 4. Iason. ex num. 11. Menesius ex num. 30. vsque in fin. ff. de iuris, & facti ignorant.* Cùm enim prædictę exceptiones non coarguant sententiam de iniustitia, sed dumtaxat eius executionem moderentur, & intra certos limites contineant poterunt opponi post sententiam.

5 Regula autem ista, quod exceptiones modificatiuę opponi possint post sententiam, limitanda est, vt non procedant quando exceptiones eędem modificatiuæ fuerunt oppositę in causa principali antè sententiam, & Iudex illas expressè, aut tacitè reprobauit; eo enim casu non poterunt rursus opponi in causa executionis. Verbi gratia, si maritus condemnaretur à Iudice ad solutionem dotis insolidum, quamuis ipse ante condemnationem allegasset, se nō posse insolidum conueniri vel hęres cùm allegasset, se nō posse vltra vires hęreditatis cōdenari, quia fecisset solemne inuentarium, nihilominus à Iudice condemnaretur ad aliquid soluendum vltra vires hęreditatis: istę exceptiones non possent iterum allegari post sententiam tempore executionis, quia videantur reiectę, vt infe.

inferius declarabimus *nu.* 8. Ratio huius limitationis est, quia harum, & similium exceptionum reiectio tacita, vel expressa, cùm semel sententia transit in iudicatum, parit, & producit exceptionem rei iudicatæ contra opponentem, *cap. quoad consultationem* 15. *de sentent. & re iud.* Hanc limitationem tradit *glossa vltim. in l. Nesennus* 41. *ff. de re iudic. Iason. in dict. leg.* 1. *numer.* 19. *ff. de iuris, & fact. ignor. Barbosa in d. l. maritum, n.* 48. qui alios refert *Molin. de iustit. tract.* 2. *disp.* 560. *num.* 24. Contra hanc resolutionem *Barbos. vbi supr. num.* 49. obijcit quosdam textus difficiles, & illis respondet, omninò ipsum videas.

6 Aliæ tandem sunt exceptiones, quæ obijciuntur contra actiones intentatam, prout sunt omnes peremptoriæ, quæ respiciunt merita causæ principalis. In quibus regula est, vt post sententiam diffinitiuam obijci non possint, *leg. peremptorias* 2. *Cod. sentent. rescind. non posse*, veluti si reali actione conuentus, præscriptionem vel personali exceptionem pacti de non petendo opposuerit. Ratio est, quia exceptiones peremptoriæ arguunt sententiam de iniustitia, & tendunt ad eam impugnandam, & reuocandam, & rescindendam; ideò non admittuntur; quia post rem iudicatam nihil amplius quæritur, *leg. post rem* 56. *ff. de re iudic.* Quod verò dixi de exceptione pacti de non petendo, vt non possit opponi post sententiam, intelligendum, est, quando pactum factum est ante sententiam, secus erit, si factum sit post sententiam, nam tunc poterit post sententiam opponi, & de ea exceptione loquitur in Regno Neapolitano *pragmat.* 47. §. 2. & §. 3. *de Offic. Magistr. Iustitiar. & pragmat.* 1. *de procuratoribus*, vbi imponitur pœna non probantibus nouam conuentionem allegatam, & statuitur modus quo sit proponenda.

7 Prædicta tamen regula habet plures limitationes, (vt not at *Gratian. regul.* 348.) sunt enim multi casus, in quibus etiam post sententiam allegari possunt exceptiones peremptoriæ pertinentes ad actionem principaliter in causa intentatam, quos Doctores latè prosequuntur *in l.* 1. *C. de iuris, & fact. ignorant.* Nam exceptio Macedoniani quia odio creditorum est introducta, & exceptio Velleiani, quæ fauore mulierum quamuis aduersus actionem intentatam obijciantur, tamen post sententiam etiam opponi possunt *l. tamen* 13. vbi notat *gloss.* 1 *ff. ad Macedon.* Sic etiam militibus, quos arma magis, quàm iura scire opportet, *l. scimus* 22. *in fin. princip. Cod. de iure deliberand.* in eo succurritur beneficio eiusdem prædictæ, *l.* 1. vt peremptoriam exceptionem omissam post sententiam possint opponere (vt notat *Velasc. de priuileg. miserabil. personar. quæst.* 17. *numer.* 159.) quemadmodum & minoribus per beneficium restitutionis, *l. minor.* 25. *annis omissam* 37. *ff. de minoribus*.

8 Quoniam verò *superiùs, num.* 5. diximus exceptionem tacite reprobatam à Iudice, allegatam ante sententiam, non posse iterum post sententiam allegari: & tacita reiectio exceptionis non videtur in alio consistere, quàm in processu ad vlteriora, non habita ratione exceptionis, magis quàm si opposita non esset, Iudex enim, qui exceptionis oppositæ rationem non habet, & ad vlteriora procedit quasi nulla esset proposita exceptio, planè eam videtur tacitè reijcere velle argumento *textus in capit. ex parte* 67. *de appellationibus, & in capite suborta* 21. *in fin. de sententia, & re iudicata*, ego dixi suprà *titulo secundo, disputatio* 5. *numero* 8. *& numer.* 30. est diligenter animaduertendum, esse singularem discrimen inter exceptiones peremptorias quæ sunt incompatibiles cum iustitia sententiæ, ex vna parte, & exceptiones modificatiuas, quæ sunt compatibiles cum iustitia sententiæ pronunciatæ, ex altera. Nam exceptiones primis generis Iudex, qui procedit ad vlteriora non habitâ ratione propositæ exceptionis, tacitè videtur reijcere. Exceptiones verò secundi generis, etiam si Iudex earum non habita ratione vlterius procedat, non intelligitur tacitè reprobare, sed magis ad tempus executionis reseruare; & ideò possunt de nouo, tempore executionis allegari quasi ad illud reseruatæ. Exemplum sit: Dominus egit aduersus rei suæ possessore rei vindicatione; possessor opponit, se legitimæ præscriptionis titulo rem comparesse; Iudex non habita ratione oppositæ præscriptionis possessorem condemnauit ad rem restituendam, eo casu dicendum est, Iudicem tacitè reiecisse oppositam exceptionem præscriptionis, iuxta regulam *dicto capit. ex parte, de appellation. & dicto capitul. suborta, in fin. de sententia, & re iudicata*, & doctrinam *Bartoli in leg. à procedente*, 4. *numer.* 4. *Cod. de dilation. & Pauli*, qui notabiliter loquitur, *consil.* 311. *numero* 3 *libro secundo*, Ratio est, quia prædicta exceptio præscriptionis non est compatibilis cum iustitia sententię, per quam reus condemnatur, vt rem restituat, quæ si præscriptio esset completa, non ad actorem, sed ad ipsum reum pertineret, iuxta *textum in leg.* 3. *ff. de vsucapionibus*, & ideò, vt sententia censeatur iusta, necessario dicendum est, Iudicem videri tacitè prædictam exceptionem reiecisse; alias iniustè iudicasset, si reum effectum iam dominum per præscriptionem, ad rei propriæ restitutionem condemnasset. Cùm igitur sententiam approbauerit contrariam, & incompatibilem cum exceptione, videbitur reprobasse, & abiecisse exceptionem; argumento à contrarijs, de quo *Euerardus loco* 19. *numer.* 12. *in fin. Claudius Cantiuncula in Topicis legalibus, loco à contrarijs, Petrus Andreas Gammarus in dialectica legali, libr.* 2. *à loco à contrarietate*, quo vtitur *textus in capit. cùm renunciatur* 32. *quæstion. prima, & in leg. sed & si pupillus* 11. § *si institoria, ff. de institor. actione* facit *leg. ius nostrum* 7. *ff. de regul. iuris*. At verò quando exceptio est compatibilis cum iustitia sententiæ quia respicit moderationem executionis, & non tam propriè obijcitur contra sententiam, quàm contra executionem, non videtur Iudex procedens ad sententiam proferendam pro actore reijcere tacitè prædictam exceptionem, quæ non est incompatibilis cum iustitia sententiæ, neque eam impugnat, aut illi aduersatur; sed potius illam in tempus executionis reseruare. Sic notat *Panormitanus in capit. cùm in causa* 7. *numer.* 15. *de iuramento calumn.* Igitur exceptio modificatiua, quamuis sit opposita ante sententiam, si de eius viribus cognitum non fuit, vel fuit cognitum, & tamen non fuit à Iudice expressè reprobata, poterit rursus opponi in executione sententiæ, quia censetur in id tempus reiecta, & reseruata, & non in totum reprobata, iuxta egregiè adnotata à *Menochio de præsumption. libr.* 2. *præsumpt.* 64. *numer.* 13. quam doctrinã docet *Paulus in leg. ex diuerso* 18. §. *si in iudicio, numer.* 1. *ff. solut. matrim. Ripa in leg. qui Romæ*, §. *duo fratres, numer.* 26. *ff. de verb. obligat.* quos sequitur *Barbosa in l. maritum* 13. *num.* 53. *ff. solut. matrim.* Quando verò censeatur cognitum de exceptione, & quod necessaria sit cognitio, vt per processum ad sententiam videatur exceptio reiecta, tractat *Anton. Gabriel. libr.* 2. *commun. tit. de exceptionibus conclusione* 1. *numer.* 15. & 16. *Franciscus Marcus decis.* 157. ex *num.* 1. 2. *part. Paulus de Castro in leg. vltima, in principio numero* 7. *ff. si cert. petat.*

9 Secundò supponendum est eos, qui sententiam exequuntur ex mandato, vel commissione, aut requisitione alterius Iudicis, quosdam esse meros executores, alios mixtos. Merus executor est ille, cui post latam sententiam, & post integram causæ cognitionem super omnibus exceptionibus, & illis discussis committit Iudex nudam executionem rei, vt in commissione, quę fit nuntio, seu Alguzerio, & seruienti Curiæ, & iste vocatus merus executor, & nullam habet cognitionem, *leg. si vt proponis 6. l. executorem 8. Cod. de execution. rei iudic.* Ratio est, quia omnis cognitio pręcessit, & ideò mera executio videtur commissa; in eoque cognoscitur, & distinguitur mixtus à mero executore. Mixtus vero executor dicitur ille, cui Iudex committit executionem sententiæ, antequam cognoscat super exceptionibus concernentibus executionem, (notat *Bobadill. libr. 2. Polit. c. 20. numer. 48.*) Huiusmodi sunt Iudices ordinarij requisiti ab alijs Ordinarijs, vt suas sententias exequantur, inuocati in auxilium alterius iurisdictionis; vel à delegatis, qui statim post latas sententias nullis exceptionibus discussis contra executionem oppositis, aut quæ opponi possunt, executiones committunt, aut pro eis faciendis requirunt. Ita docet *Bartol. in dict. l. à Diuo Pio in principio, ex num. 5. ad 10. ff. de re iudic. & Panormit. in cap. Pastoralis 28. §. quia verò, num. 3. de offic. & potestat. iudic. deleg* post *glossam*, notatu digna ibi, *verb. Et si sciat, & in cap. de cætero 5. num. 3. 4. & 5. de sententia, & re iudic. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 38. num. 20.* vbi multos allegat, *Capic. Latro d. decis. 82. numer. 15. Farin. in prax. crimin. q. 97. num. 80. Scaccia de appellat. quæst. 17. limit. 10. ex nu. 37.* & probat *text. in l. & si non cognitio 4. C. si contra ius, vel vtilit. public.*

10 His positis, vt accedamus ad resolutionem propositæ disputationis primò dicendum est, merum executorem nullas exceptiones contra executionem admittere debere neque de illis posse cognoscere, nedum pronunciare. Ita docet *Bart. in dict. l. à Diuo Pio, in principio, numer. 10. Socinus ibi numer. 38. 39. & 40.* qui limitat duobus modis *Bald. in dict. l. & si non cognitio, numer. 1. glossa in cap. de cætero 5. per textum ibi, de sentent. & re iud.* vbi *Panorm. num. 5. Anton. Butrius num. 3. vers. Dic, quòd quidam, Felin. num. 4.* vbi limitat in quinque casibus, *Menoch. de arbitrar. libr. 1. dict. quæst. 38. numer. 20.* vbi refert prædictas quinque limitationes. *Cancer. variar. resolution. 2. part. cap. 15. ex num. 33. ad 39.* referens easdem limitationes, *Farinac. in prax. crimin. quæst. 97. ex num. 67.* vbi ampliat & limitat *Scaccia de appellat. quæst. 17. limitat. 10. num. 37.*

11 Secundò dicendum est coram mixto executore, & Iudice requisito possunt proponi, quæ coram Iudice principali requirente, aut executionem committente proponi possunt. Verùm circa huius conclusionis declarationem, & ad particulares casus applicationem, mirè variant Doctores comminiscentes varias distinctiones, (*Bobadil. lib. 2. Polit. c. 20. ex num. 43. Salgad. de Reg. protect. 4. p. cap. 7. ex num. 18.*)

12 Sed vt rem resoluamus iuxta sententias verisimiliores & receptiores, aduertendum est, exceptiones esse multiplices, & varias. Aliæ enim sunt, quæ respiciunt merita causæ, & tamen possunt opponi etiam post latam sententiam, vt in casu *l. 1. Cod. de iur. & fact. ignor.* Quo casu Iudex requisitus potest, & debet istas exceptiones admittere, & de illis cognoscere, non quidem vt eas definiat, sed vt videat, an verè militent, & obstent executioni. Quod si viderit, illas non subsistere, nec obstare, & calumniosè opponi, debet illis non obstantibus ad executionem procedere, vt *in leg. satis 2. Cod. ad legem Cornel. de falsis*. Si verò videat, tales exceptiones obstare, non debet, neque potest super illis pronunciare, sed debet abstinere ab exequendo, & remittere ad Iudicem principalem requirentem quod probat *text. in l. cùm fideicommissum 7. ff. de confessis, & in l. si Prætor 75. in princip. & in §. Marcellus, ff. de iudic.* sumpto argumento de Iudice dato ad delegatum, vel ordinarium requisitum. Ita resoluunt *Angel. in d. leg. à Diuo Pio, in principio num. 4. Imola num. 5. Cuman. num. 5. Alexand. ex num. 9. Ias. num. 12. & 13. ff. de re iudic. gloss. in d. capit. Pastoralis 28. §. quia verò, verb. Et si sciat, ff. de offic. & potest. iud. deleg. Ancharran. in Clement. 1. num. 10. de sentent. & re iud. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 38. numer. 9. Cancer. variar. resol. part. 2. cap. 15. numer. 17. & seqq. & num. 23. cum seqq. Carrocius de remed. contra sententias, except. 64. ex num. 1.* (*Bobadill. vbi sup. Salgad. de Reg. protect. p. 4. c. 7. ex num. 28. Surd. cons. 358. num. 14. & 15. lib. 3.*)

13 Ab istis solus dissentit *Bart. in d. l. à Diuo Pio, in princip. num. 7.* eo quod dicit, Iudicem istum requisitum non solum non posse pronunciare super istis exceptionibus, sed neque de illis posse cognoscere, quinimò statim postquam opponuntur, debere remittere ad principalem Iudicem requirentem, qui de illis cognoscant, & eas definiat. Cuius sententiam sequitur, multisque, & satis verisimilibus rationibus, defendit *Bartholom. Socin. ibid. ex num. 25. & Zasius in ead. l. à Diuo Pio, §. sententiam, numer. 5. Ancharranus vbi suprà,* (*& Barbosa in leg. si Prætor. 75. in princip. n. 15. 20. & 62. & in §. Marcellus, n. 8. ff. de iudic.*)

14 Secundò, aliæ sunt exceptiones, quæ modificant sententiam, vt quòd quis non conueniatur, nisi in quantum facere potest, quòd debitor velit, & possit compensare, vel diuidere obligationem ex beneficio epistolæ Diui Hadriani, vel quòd sit executum in bonis alienis, & de istis requisitus Iudex non solum potest cognoscere, sed etiam super eisdem definire. Ita docet *Bart. in dict. l. à Diuo Pio, in principio numer. 8.* quem omnes sequuntur, vt notat *Iason. ibi num. 12. Zasius in dict. §. sententiam num. 5. Panormitanus in dict. capit. Pastoralis 28. §. quia vero, numer. 3. Felin. num. 16. Menochius dict. quæst. 38. numer. 10. Ancharranus vbi supra, & Minsyngerus,* infrà referendus (*Larrea decis. 82. num. 6. Barbosa in dict. l. si Prætor 75. in princip. ex num. 53. ff. de iudicijs, Salgado de Regia protect. part. 4. cap. 7. ex numer. 39. Scaccia de appellat. quæstion. 17. limit. 10. numer. 47.*) Ratio est, quia requisitus de executione, aut cui illa committitur, videtur requisitus vt faciat omnia, quæ concernunt executionem, & sine quibus illa perfici non potest, argumento *l. cui iurisdictio 2. ff. de iurisdict. omnium iudic.*

15 Tertiò, aliæ sunt exceptiones, quæ impugnat sententiam, & illi opponuntur, vt exceptio nullitatis aut restitutionis in integrum. De quibus Iudex requisitus potest cognoscere, non tamen definire, sententiam latam à requirente esse nullam, vel rescindi debere; sed si eas viderit subsistere debet ab executionē supersedere, & processum, & causam plenè instructam remittere ad Iudicē principalem, seu requirentem, vt illam definiat: quòd si viderit, non subsistere, illis non obstantibus debet ad executionem procedere. Ita docet *Bart. in d. l. à Diuo Pio, in princip. num. 9. Alexand. num. 10. & 11. Ias. num. 16. Zasius in dict. §. sententiam, num. 5. Panormit. in d. cap. Pastoralis, §. quia verò, num. 3. Felin. ex nu. 17. de offic. & potest. iud. deleg. idem Felin. in cap. de cætero 5. num. 3. de sent. & re iud. Ancharran. in d. Clem. 1. n. 10. de sentent. & re iud. Menoch. de arbit.*

arbit.lib.1.q.38.ex num.11.late Afflict. in proœm. Constl.ex num.50.Minsynger. breuiter & clarè complectens omnes casus, *singul. obseru.centur.3. obseru.69.Farin.in prax.crim. quæst.97.num.74.cum seqq.*& latè ex num. 81. *Peguera decis.8.2.part.ex num.1.& 7.Cancer.variar.resolut.2.p. capit. 15.ex num.14.Scaccia de appell.q.17.limit.10. ex num.47. Rodriguez de executione, cap.2.num. 40.(Franc. Hieronym. de Leo decis.168.ex nu.9.Barbos.in d.l.si Prætor 75.in princ. ex num.45.& in §.Marcellus, num.7.& 63.& 104.Salgad. de Regia protect.part.4.cap.6.num.14.& cap.7. ex num.18. 31.& 48.Surd.consl.358.n.14.& 15.lib.3. Thusch. liter.E. concl.485.num.10.14. & 15.)*Probat hanc conclusionem *Bartol.*Primò *ex text.in leg.si Prætor 75.§.Marcellus, ff. de iudic.& in cap.de cætero 5. de sentent. & re iudicat.* Deinde ratione, quoniam alioqui si posset requisitus Iudex decidere exceptiones nullitatis, aut restitutionis in integrum contra sentētiam latam a requirente, vel delegato, minor Iudex, aut par reuocaret, & infringeret sententiā Iudicis maioris, aut paris, contra *text.in l. nam magistratus 4.ff.de arbitr.& in l.ille à quo 13. §. tempestiuum, ff. ad Trebell.& in capit. cùm inferior 16. de maiorit. & obed.* præter quam, quòd requirens sēper censetur maior requisito, vt notaui cum plurimis, quos retuli *prior.tom. tit.1. disp.2.n. 30.* quibus addo *Menoch.d.q.38.num.14.& 15.* Et iuxta hanc doctrinam iudicauit S. C. die 21. Ianuarij 1641. me interueniente ad relationem Illustris Ducis Canani, Hortatoriam Rotę Romanæ esse executioni mandandam iuxtà eius seriem, continentiam, & tenorem, in causa Barbaræ Spinolæ cum Marcelo Doria, contra quam quædam obijciebantu, respicientia nullitatem sententiæ Rotæ, Actuario Fabritio Solatio. (Et idem decisum est in causa Illustr. Principissæ Ieraci cum Illustr. Principe suo marito, in qua dictum est Hortatoriam Rotæ Romanæ esse executioni mandandam iuxta sui seriem continentiam, & tenorem, die 23. mensis Ianuarij, anni 1642. iunctis duabus Aulis, cum adiunctis in Collaterali Consilij, Actuario, de matutini ad relationem Regij Consiliarij, Thomæ de Aquino.)

16 Contrariam tamen sententiam, quinimo iudicem requisitum posse non solum cognoscere de nullitate obiecta contra sententiam, aut instrumentum exequibilia, sed etiam iudicare, & pronunciare, amplexus est *Bartholomæus Socinus in dict.l.à Diuo Pio in principio, ex num. 3.ff.de re iudicat.* Pro qua sententia videtur facere *textus in l.de qua re 74.ff.de iudicijs.* cum alijs multis ab eodem Socino cumulatis.

17 Sed quamuis hæc sententia in puncto iuris forsam defendi posset, saltem quoad dictam exceptionem nullitatis dumtaxat, non est in praxi recedendum ab opposita, quæ & maiori authoritate fulcitur, & communi vsu receptior est. Neque obstat *textus in dict.l.de qua re*, quia agitur de iudice cognoscente propria authoritate de causa aliqua independenter ab alio, qui commiserit executionem, aut pro eā requisierit, quia ista quamuis alioqui habeat ordinariam iurisdictionem, non debet egredi fines mandati, aut requisitionis, *l.& si Prætor 3.ff.de offic.eius, cui mand.est iurisdict.l.diligenter 5.l.si quis pro eo 46.ff.mandat.* Ac per consequens non debet irritare, aut annullare sententiam iudicis committentis illi suæ sententiæ executionem, aut illum pro eius executionem requirentis; sed si quid viderit executioni obstare, remittere ad requirentē, vel principalem iudicem, decidendū, & definiendum.

18 Prædicta tamen conclusio limitanda est ex multorum sententia, vt non procedat, quoties iudex inferior, qui tulit sententiam implorat brachium iudicis superioris ad eam exequendam. Nam isto casu iudex requisitus poterit cognoscere, & decidere exceptionem nullitatis oppositam; aut concedere restitutionem aduersus sententiam iudicis inferioris requirentis, cùm eo casu cessat ratio, Bartoli, & illud incommodum, quod minor iudex infringat sententiam maioris. Hanc limitationem tradie primus *Speculator.lib.2.tit.de executione sententiæ, §.2.num. 5.* quem sequuntur *Alexand.in dict.l.à Diuo Pio in principio, num.15.Felinus in d.cap.Pastoralis, §. quia vero, numer. 17.vers.Secundo limita, & in d.cap. de cætero, num. 3. vers. Fallit.tertio*, qui plures allegat, *Menoch.dict.quæstion.38. num.19.(Rebuff.in Constitut.Regn.tom.1.tit. de sentent. execut.art.7.glos.12.nu.19.Scaccia de appell.q.17.limitat. 10. numer.50.& 51.) Limita 2.* Si nullitas esset notoria, & appareret ex tenore sententiæ, nam tunc posset iudex requisitus pronunciare super nullitate. *Sentiunt Roman. consilio 51.Rebuff.vbi supra, Surdus consil. 358. numero 15. lib.3.Thusens litera E. conclusione 485. numero 15. & 41. Ioann.de Imola consil.127.num.3.Felin. in cap. postulasti 14. numero 11.in fin.vers.Si iudex coram, de foro compet. & in cap.de cætero 5.numer.4.in fin.de sentent.& reiud.Socin.cons. 83.nu.23.lib.4.Barb. in l.si Prætor.75. in principio ex num. 48.ad 51.& in §. Marcellus num. 63.ff. de iudicijs, Scaccia de appellat.quæst.17.limit.10.nu.10.38.& 51.in fin. Farin. in prax.crimin.quæst.97.numer.77.* Quamuis non ita clarè, nam dicit, posse in iudicem in eo casu delegare brachium, non dicit posse pronuntiare super nullitate.

19 Ex prædictis infertur vtilis resolutio frequentissimæ quæstionis, vtrum tertius oppositor possit se opponere executioni sententiæ, vel instrumenti coram iudice requisito, aut executore, & an eo casu iudex requisitus, seu executor debeat processum oppositionis instruere, & remittere ad iudicem requirentem, seu principalem; an verò potius possit causam oppositionis definire? quam quæstionem expressius tractarunt Doctores Hispani statim referendi.

20 Supposito autem tanquam vero, & indubitato, posse tertium, qui se opponit executioni, proponere oppositionem suam coram iudice requisito, aut executore, & ab eo audiri, & de exceptionibus eiusdem oppositis contra executionem ab eo cognosci, iuxta latius tradita à *Menochio de arbitrarijs, libro 1. dicta quæstion.38.*& dicta supra distinguendi sunt duo casus. Primus est quando tertius se opponens executioni allegat, se possidere bona, in quibus à iudice requisito, seu executore facta est executio & sic esse executū in bonis alienis, non proprijs debitoris condemnati. Et hoc casu poterit iudex requisitus, non solum de oppositione cognoscere, sed eam etiā decidere, & definire, neque opus est remittere causam ad iudicem requirentem. Ratio est quia ista exceptio non impugnat sententiam, neque ei aduersatur, sed illam quasi modificat. Circa similes verò exceptiones, non solum potest iudex requisitus cognoscere, sed illas etiam definire, & sententiam proferre, vt dixi *supra num. 14.* & sic frustra haberetur recursus ad iudicem requirentem longissimè forrassis distantem, cum maximo oppositoris dispendio, qui neque iudici requirenti subditus est, nec se illi subiecit, aut submisit. Ita sentit *Zasius in dict. l.à Diuo Pio, §.sententiam, numero 5.vers.Et ita de similibus casibus, ff. de re iudic.Menoch.d.quæst.38. num.8. Couarruuias pract. qq.cap.16.num.5.(Larrea decis.82.numer.4. Salgad.de Reg. protect.part.4.capit.6.num.75.) Paz in prax.1. tom.4. part. cap.4 num.6.vers.Aduerte etiam*, qui dicit se sic semel, & iterum in praxi obtinuisse, qui duo solum loquuntur de hoc casu. *Ignatius Villar in sylua responsorum, libro secund.*

responso 16.cap.4.num.20.Peguera decis.8.ex num.3.2.part. Cancer.var.resolut.2.part.capit.2. num.246.vers.Quaro 28. & num.247. & Azeuedus in l. 6. numero 6. ex versic. ibi: Hagalo executar, cum num.7. & 8.titul.17. libro 4. Recopi. lation. qui generaliter loquitur de omnibus exceptionibus allegatis a tertio oppositore coram iudice requisito, etiam de nullitate, quarum omnium definitionem credit ab eo fieri posse, de quo statim dicemus, *Couar.censet, hoc probari ex textu in dict.l.â Diuo Pio,§.si super rebus*, cum quo conuenit *l.3.titulo 27.part.3.* vbi executori conceditur, vt possit decidere cõtrouersiam ortam super pignore capto in causam iudicati, & iudici requisito id concedit *Bart.in d.l.â Diuo Pio in principio, num.6.*

31 Secundus casus est, cùm tertius opponit, & allegat exceptiones tangentes sententiam, & causam principalem, vt si allegaret nullitatem sententiæ, vel instrumenti, vel diceret, se esse præferendum ei, pro quo sententia lata est, & qui impetrauit literas hortatorias ad iudicem requisitum pro facienda executione, seu commissionem datam executori, & sic iste tertius oppositor prætenderet, habere priorem, vel potiorem hypothecam in rebus debitoris, quam litis victor apud requirentem. Quamuis enim iste oppositor tertius non impugnet directò sententiam latam pro victore, per indirectum ei aduersatur, quatenus contendit, non potuisse iustè ferri, si ipse opportunius coram requirente comparuisset, & quod consequens est, ista exceptio tangit causam principalem, in qua tractatum est, an debeatur, & cui debeatur, iste autem oppositor contendit sibi deberi, & deberi sibi cum prælatione alterius, quæ quęstio non venit in examinatione executionis, vt rectè docuit *Bartolus in l.eum fideicommissum 7.nu.3.ff. de confessis.* Et hoc casu censeo, iudicem requisitum, aut executorem posse cognoscere de oppositione, non vt eam definiat, sed vt processum instructum remittat ad iudicẽ requirentem, aut principalem, vt illum definiat, & causam oppositionis decidat. Ad eũdẽ enim iudicẽ pertinet agere de concursu creditorum, qui reum habentẽ plures creditores condemnauit, & constituere quemlibet in suo loco, & gradu respectu bonorum debitoris, ex quibus sunt satisfaciendi. Non enim debet diuidi continentia concursus plurium creditorum, *l.1.& 2.ff.de quibus reb.ad eundẽ iud. eatur,l.nulli, C.de iudicijs,* dixi latè supra, *tit.2.disputatione 2.num.1. & 5.* Quę resolutio prædicti secundi casus colligitur ex dictis supra *num. 12. & 15.* vbi diximus, exceptiones tangentes causam principalem, aut impugnantes, sententiam, & illi aduersantes, non esse decidendas à iudice requisito, sed earum diffinitione remittendam esse instructo processu ad requirentem, quidquid contrarium, sine fundamentum asseruerit Azeuedus, qui loquitur contra communem sententiam Doctorum, vt vidimus supra. Et hanc nostram sententiam amplectuntur *Peguera dicta decis.8.num.6. & 7.2.part.& Ignatius Villar. dict. responso 16.cap.4.numer.20.(Consonat Larea dict. decis. 82. num.3.& 9.)*

SVMMA DISPVTATIONIS Decimaoctauæ.

1 *Non potest fieri executio in publico stipendio Officialis sicut nec in stipendio militum, nisi in subsidium deficientibus alijs bonis.*

2 *Censendum est deficere alia bona, cùm commodè capi non possunt.*

Non est censendus idoneus, qui possidet bona extra locum iudicij, ibidem.

3 *Cùm fit executio in stipendio Officialis ob defectum aliorum bonorum, debet ei reliqui tanta pars illius, quanta sufficiat ad illius victum, & alimenta.*

4 *Medietas stipendij relinquitur Officiali, præsupposito, esse illi statutum salarium, vt iura statuunt.*

Salarium sic debet constitui Officiali, vt post alimenta, & ordinarias impensas aliquid superfit quotannis, quod in arca reponat, quo sit suæ senectuti, vel posteritati consultum, ibidem.

Salaria nunc Officialibus constituta non sufficiunt ad congrua alimenta, ibid.

DISPVTATIO XVIII.

Vtrùm executio possit fieri, contra Officiale publicum in stipendio; vel salario.

1 Dico primo. Non potest fieri executio in publico stipendio, vel salario Officialis, sicuti neque in stipendio militum; nisi in subsidium deficientibus alijs bonis, ex quibus possit creditori satisfieri. Probatur ex *text.in l commodis 40.* iuxta communem intellectum, *ff.de re iud.vbi Bart. Angel. Cumanus, Paulus, Alexander, Iason, & in l.stipendia 4.Cod.de execut.rei iudic. vbi Baldus, Salicetus, Fulgosius.* Idem probat *text.in l.spem.5.C. quæ res pign. oblig. poss.vbi Cynus,* & cum iure communi conuenit ius Castellæ *in l.3.titul.27.part.3. vbi notat. Gregorius, gloss.6.& 8.Ripa in l.obligatione, numer.43 ff. de pignor.Ioannes de Platea in leg.per hanc diuinam 16. alias Iubemus per hanc, §.si qua tamen, numer.1.C.de erogatione milit.annon.lib.12.Maranta in speculo aureo, par.6.tit.de executione, num.44.& 45.Connanus commentar.iuris ciuilis, lib. 4.capit.8.numer.9.Cabedus decis.8.numer.3.2.1.part.Duenas litera E.regul.275.limit.4.Colerus de processib.execut.par.2. cap.3.ex numer.144.Asinius in praxi iudiciorum,§.31.cap. 2.limit.35.Mozius de contractibus, tractatu de pignorib.tit. de rebus, quæ pignori dari possunt, ex num. 28. Larrea decis. 85.num.3.circa finem, part.2.* Et communiter extendunt Doctore prædicti, quod statuitur de stipendijs militum, & Officialium, vt similiter intelligatur de salarijs Doctorum legentium, de redditibus beneficiorum, de redditibus feudorum.

2 Notat tamen egregiè, & singulariter *Cumanus in dict. l.commodis,* tunc censendum esse deficere alia bona, in quibus fiat executio, quando commodè capi non possunt, quia sunt valdè remota, quamuis alibi extent. Quod cõfirmatur ex optima animaduersione *Baldi in l.sciendum 15.num.7.versiculo Extra glossam quarò, ff. qui satisdare cogantur.* Vbi ait, quem non ex eo censeri idoneum, quòd possideat immobilia extra locum iudicij: & quod censetur excussio legitimè facta, licèt non sit facta de bonis extra territorium, & quemadmodum reus habens domicilium extra locum iudicij, & ab illo absens excutiendus non est, nè possit agi contra fideiussorem, *iuxta Authent. præsente, C.de fideiussor.* ita neque res extra locum iudicij sitæ excutiendæ sunt sumpto argumento de personis ad res: idem repetit *in l.si ego 42. §.sed si cum scio, num. 8. ff. si cert.petat.* vbi ait, si scholaris de Alemania studens Perusij daret Perusij fideiussorum, etiam si prædictus Scholaris in suo domicilio, esset idoneus, & soluendo, si Perusij

vbi

vbi agitur, nihil habeat posse deueniri ad fideiussorem, non excusso reo principali in sua patria, quia vbi exactio non est facilis, sed conuentio est difficilis, reus non dicitur idoneus. Consentit *Alexander consilio 84. numero 12. libro 3. Hyppolytus de Marsilijs singulari 220. fideiussor. numer. 3. Anton. Gabriel libr. 3. communium, tit. de fideiussorib. concl. 1. num. 61. limitatione* 8. Quæ doctrina planè coadiuuatur ex *textu in leg. 1. ff. si quis in ius vocatus non ierit*. Vbi si quis dat fideiussorem, nō suppositum iurisdictioni illius iudicis, ad quem vocatus est habetur fideiussor pro non dato. Ergo similiter qui habet bona non subiecta iurisdictioni iudicis, qui de causa cogniturus est, habebitur pro non idoneo, & non habente bona, argumento de personis ad res, quo vtitur *Bald. prædictis locis, & de quo Eueradus in locis legalibus, loco 84. & Augustinus Barbosa loco 83. num. 1.*

3 Dico secundo, cùm executio facienda est in stipendio, vel salario Officialis publici ob defectum aliorum bonorum, debet eidem dimitti tanta pars stipendij, vel salarij, quanta sufficiat ad eius victum, & alimenta. Idem dicendum est de milite, beneficiario, feudatario, vel Doctore legente. Ita sentiunt *in l. spem. 5. Cod. quæ res pignor. obligat. poss. Cynus, Baldus, Angel. Salicet. Iason. in d. leg. commodis, numer. 2. Ripa in dict. l. obligatione, numero 43. ff. de pignor. & in l. miles 6. num. 8. ff. de re iud. idem Baldus in cap. contingit 9. num. 28. de dolo, & contum. Gregor. Lopez in l. 3. titulo 27. parte 3. gloss. 8. Boerius decis. 226. numer. 3. Additio ad Capellam Tholosanam decis. 246. numero 5. Rebuffus de priuilegijs scholasticorum, numero 223. priuileg. 112. Lara in l. si quis à liberis, §. solent, ex num. 33. ff. de liber. agnoscen. Parladorius libr. 2. rer. quotidian. cap. fin. 5. part. §. 3. nu. 32. in fin. Hauia Bolaño in Curia Philippica 2. parte §. 16. numero 11. & 12. Villadiego in Politica, cap. 2. num. 79.* Ratio huius conclusionis est, nè Officialis, miles feudatarius, Clericus subtrahantur à ministerio publico, Regio, vel Ecclesiæ, si illis desint alimenta. Etenim operari, seruire, & laborare non potest, qui non manducat, quemadmodum manducare, non debet qui non operatur, & non laborat, iuxta *Paulum 2. ad Thessalonicens. capit. 3. numero* 10. Item secundò, nè Officialis, miles, feudatarius, Clericus cogantur mendicare cum dedecore, & opprobrio sui ministerij, & officij. Ideò *Salicetus post Baldum*, ait, dimitti Officiali hanc stipendij partem ob reuerentiam debitam Reipublicæ, Clero verò ob reuerentiam debitam Ecclesiæ. Iuxta quam conclusionem vidi factam esse decisionem in Supremo Indiarum Consilio die 31. Augusti 1621. circa executionem factā in salario cuiusdam Officialis Regij Prouinciæ, quam vocant *Honduras*, cui dimissa est medietas stipendij pro victu. Ego item in hoc Regno sic iudicaui, & practicaui in executione facta in stipendio cuiusdam militis ex ijs, quos vocant, *Entrenidos*, nam similiter iussi sequestrari medietatem stipendij, altera medietate illi dimissa, vt viueret.

4 Oportet tamen animaduertere, praxim, & taxationem istam quantitatis stipendijs, quæ relinquenda est Officiali pro victu, videlicet, vt dimittatur illi medietas stipendijs, quando fit executio in salario ob defectum aliorum bonorum, præsupponere, constitutum esse stipendium iuxta normam, & modum, quem in eius constitutione seruandum esse à Rege, vel Republica statuūt iura, & notant Doctores. Videlicet, vt tanta sit quantitas salarij, seu stipendij à Principe, vel Republica assignati Officiali, vt post alimenta, & ordinarias impensas, aliquid supersit quotannis, quod in arca reponat, quò sit suæ senectuti, vel posteritati prospectū id enim operarij quantumvis viles, dietim etiam operas suas locantes solent acquirere, & lucrari. Iniquum verò esset Officiales publicos esse deterioris conditionis, quam viles operarios & quosuis mechanicos artifices. Ita videtur statuere *l. per hanc 7. §. sexcenti, C. de aduocatis diuersorum iudicum*. Facit *leg. ius alimentorum 3. in principio, versiculo, Modum, ff. vbi pupill. educar. debeat.* Notant *Menochius de arbitrarijs libro secundo centuria 6. casu 514. ex numero 10. Mastrillus de magistrat. libro primo, capit. 21. ex numer. 14.* Illud enim, quod superesset in arca reponendum, posset, & deberet solui creditoribus. Nam qui creditores habet, aliquid incommoditatis pati debet, & arctare se, vt illis satisfaciat, neque æquum est, vt condat pecuniam, asseruans sibi quod creditoribus abest. At nunc salaria non ascendunt ad congrua alimenta, neque sufficiunt ad victum ferè, iuxta necessitatem naturalem nedum, iuxta decus, & honestatem dignitatibus debitam, tantum abest, vt supersit quod reponatur in arca, & opus est semper alunde suppleri indigentias. Præsertim cùm stipendia, nec talia, qualia sunt soluantur in hoc Regno Ministris suis tēporibus, nisi tardè, & cum maxima difficultate, quasi gratis darentur, ex quo fit; vt multo minus ad victum sufficiant, cùm ex eo non parum excrescant impedia. Quæ omnia expendere debet iudex, qui executionem iubet fieri in stipendio Officialis, nè reddat eum inhabilem ad seruiendum exercendumque suum ministerium, *Pauperibus vates ego sum, quia pauper amaui*, dicebat Ouidius.

SVMMA DISPVTATIONIS
Decimanona.

1 *Distinguuntur diuersi casus ad quæstionis dissolutionem.*
2 *Pro debito viri contracto ante matrimonium non potest fieri executio in bonis dotalibus aut eorum fructibus, nisi quatenus supersit satisfactis oneribus matrimonij.*
3 *Nemo obligatur ex alterius contractu.*
4 *Fructus dotis pertinent ad maritum.*
5 *Pro debito viri contracto constante matrimonio, non potest fieri executio in bonis dotalibus, aut eorum fructibus, nisi quatenus supersit de oneribus matrimonij.*
6 *Contractu debito ex mala administratione primipilatus, fit executio in bonis dotalibus vxoris.*
7 *In rebus extra dotalibus pro simili debito non potest fieri executio.*
8 *Debitum contractum pro sustinendis oneribus matrimonij deficientibus alijs bonis viri soluendum est ex bonis dotalibus.*
9 *Pro debito vxoris contracto ante matrimonium potest fieri executio in bonis dotalibus in susidium.*
10 *Cùm potest satisfieri debito sine damno alterius creditoris, vitandum est damnum alterius, & exempla.*
11 *Pro debito vxoris contracto ante matrimonium non fit executio in fructibus bonorum dotalium.*
Fructus dotis pertinent ad maritum matrimonio constante, ibidem.
12 *Pro debito vxoris legitimè contracto constante matrimonio, non potest fieri executio in bonis dotalibus, aut eorum fructibus, posset tamen fieri in parafernalibus.*
13 *Mulier iuxta iura multarum prouinciarum, non potest contrahere sine consensu, & licentia mariti.*
Si maritus renuit præstare consensum potest cogi à iudice ad illum præstandum, aut iudex potest illum præstare, ib.
14 *Mulier non potest contrahendo præiudicare marito.*
Optima cautela pro marito dante licentiam vxori ad contrahendum, nè sibi preiudicet, ib.

15 *Debitum vxoris ex eius bonis soluendum est: bona parafrenalia sunt vxoris.*
16 *Vxor per delictum non potest praeiudicare marito.*
Qui non potest contrahendo praeiudicare alteri, non potest etiam delinquendo, ib.
17 *Hoc non procedit in quinque delictis relatis in* l.quinque legibus, ff. de bon.damnat.
18 *Limitatur quoque de iure Castellae.*
19 *Pro debito communi viri, & vxoris, non potest fieri executio in rebus dotalibus insolidum.*
20 *Pro debito communi viri, & vxoris non potest fieri executio insolidum in fructibus rerum dotalium.*
21 *In subsidium fiet executio in dote pro parte debiti ad vxorem pertinente.*
22 *Stante statuto de societate bonorum lucratorum constante matrimonio ex lucris soluuntur debita communia viri, & vxoris, vbi quid seruetur in Castella.*
23 *Si mulier renunciet lucris non est obligata ad solutionem debitorum contractorum à marito constante matrimonio, & limitatur.*

DISPVTATIO XIX.

Vtrùm executio possit fieri in bonis dotalibus, aut eorum fructibus constante matrimonio?

1 DEbitum coniugatorum, aut contractum est à viro, aut vxore, aut vtroq; & ab illis, aut ante matrimonium, aut illo constante, quae distinctio ad quaestionis huius dissolutionem praemittenda fuit necessario.

2 Dico primò, pro debito viri contracto ante matrimonium non potest fieri executio in bonis dotalibus vxoris, neque in eorum fructibus: nisi quatenus supersint post supportata onera matrimonij; & ea excesserint. Ita sentiunt *Bartol. in l. à Diuo Pio 15. §. exequuntur itaque, Angelus ibi, in § in venditione, num. 3. Imola num. 1. Paulus numer. 3. Alexander numer. 26. & 27. Iason. numer. 20. ff. de re iudicata, Baldus in l. ob maritorum 2. ex principio, Salicetus num. 1. C. ne vxor pro marito, idem Salicetus in l. cùm tibi 10. numer. 3. Cod. qui potiores in pignor. habean. Maranta in praxi, part. 6. titulo executione, num. 5. & 53.* vbi tradit limitationem, *Gamma decis. 200. ex num. 1. & decis. 366. ex num. 6. Franchis decis. 617. Caualcanus decis. 31. nu. 43. 1. part. Riccius collect. 1448. Barbosa in leg. si constante 25. in principio, numer. 47. ff. soluto matrimon. Azeued. in leg. 9. numer. 20. titul. 9. libr. 5. Recop. Matienzus in leg. 7. tit. 3. gloss. 1. numer. 2. & in l. 3. tit. 9. gloss. 7. numer. 3. Recop. Antonius de Amato variar. resolut. lib. 1. resolut. 83. ex num. 4.*

3 Probatur apertè ex *l. 1. ob maritorum, 2. l. cùm te possessiones, 3. C. ne vxor pro marito.* Certissimum; enim est, ex alterius contractu neminem obligari. In fructibus verò quatenus sunt necessarij ad alimenta vxoris, executionem fieri non posse ex eo constat, quia manifestum esset vxoris praeiudicium si illa careret alimentis, dum fructus suae dotis ad ea deputati, *l. pro oneribus 20. Cod. de iur. dot.* in soluendis debitis mariti consumerentur, quod plane statuitur in *l. vbi adhuc 29. C. eod. tit.*

4 Posse verò pro debito mariti fieri exetionem in fructibus excedentibus onera matrimonij, & qui supersunt illis impletis, vt inde satis fiat mariti creditoribus, probatur, quam fructus dotis ad maritum pertinent, & sunt bona eiusdem postea quaesita, *l. dotis fructus 8. in principio* cum concordantibus allegatis *in glossa ibi, ff. de iur. dot. Antonius de Amato dicta resolutione 83. ex numero 1.* qui plurimos refert. Ergo in eisdem fructibus, vt in bonis mariti potest fieri executio pro eius debitis, hic autem cessat vxoris praeiudicium, cùm praesupponamus, superesse post onera, & illa excedere, qui ex consequenti lucro creditorum illius cedere debent, vt significat *textus in dict. l. vbi adhuc in fin. & docet Bart. in l. si constante 25. in princip. num. 104. Cumanus num. 3. ad fin. Alexander num. 38. Barbosa num. 47. ff. soluto matrimon. Ioannes Lupus in repetit. capite per vestras, §. 20. ex numer. 2. (& notabili 3. in princip. num. 4.) de donat. inter. Surdus de alimentis, tit. 1. q. 35. numer. 5. & 6. q. 36. num. 12. & 13. Fontanell. de pact. nuptialib. tom. 2. clausula 6. glossa 1. part. 2. num. 20. cum seqq. Guerba decis. 16. num. 18. Franchis decis. 617. numer. 2. Molfesius ad consuet. Neapolitan. tom. 1. part. 6. quaest. 5. numer. 31. & consil. 11. num. 42. Amato vbi supra, ex num. 7.* qui etiam loquuntur de casu, quo vxor est assecutata de sua dote super bonis mariti vrgentis ad inopiam, & tunc etiam dicunt, fructus bonorum dotalium, qui supersunt satisfactis oneribus matrimonialibus, cedere lucro mariti, & creditorum eius, quidquid contrarium astruere conetur *Lara in leg. si quis à liberis, §. si quis ex his, ex nu. 269. ff. de liber. agnosc.*

5 Dico secundo, pro debito viri contracto constante matrimonio, non potest fieri executio in rebus dotalibus neque in earum fructibus quatenus sunt necessarij ad sustinenda onera matrimonij. Verum si superessent fructus de oneribus matrimonij, in eis, vt in bonis viri, posset fieri executio. Ita sentiunt *Antonius Gomez in leg. 78. Tauri nu. 4. in fin. Thesauri quaest. forens. lib. 4. quaest. 3. Gamma decis. 200. Barbosa in d. l. si constante in princip. d. n. 47. ff. soluto matrimonio.* Haec conclusio probatur eisdem textibus, & rationibus quibus praecedens.

6 Limita eam primo, si debitum contractum sit ex mala administratione primipilatus, nam pro eo debito potest fieri executio in bonis dotalibus vxoris, praeuia excussione in bonis mariti, *leg. fatis 4. C. in quibus caus. pignus tacit. contrah.* vbi notat *Baldus nu. 3. Salicet. nu. 3. Bart. Angelus, & Paulus vbi sup. Ioannes de Platea in l. vxorem 11. C. de decurionib. lib. 10. Peregrinus de iure fisci, libr. 6. tit. 6. sit. 6. num. 41. & ibi num. 43.* declarat, qui dicantur primipilarij, *Cepicius decis. 129.* & vide bonam remissionem apud *D. Ioan. Solorzanum de Iure Indiarum, tom. 2. libr. 5. cap. vnico, num. 129. & Corrasium miscellanearum. libr. 3. c. 4. Iustum Lipsium de militia Romana, libro 2. Dialogo 8. [illegible] commentariorum Reipublicae Romanae, libro [illegible] capite 17. pag. 737. verb. Pilum.*

7 Sublimita praedictam limitationem, vt in rebus extra dotalibus vxori proprijs pro simili debito non possit fieri executio, *l. 1. C. de priuil. fisci, vbi Bartolus num.* [illegible]

8 Limita secundo, si debitum viri contractum sit pro sustinendis oneribus matrimonij, vt alendis liberis, aut vxore, nam soluendum est bonis dotalibus, aut eorum fructibus, si desunt alia bona viri, saluo iure vxori pro recuperanda à marito integra sua dote tempore soluti matrimonij; aut assecuranda eo constante in casu vergentis ad inopiam. Ita sentit *Ioannes de Platea in dicta leg. vxorem in fin.* argumento doctrinae *Bartoli in leg. his solis 49. numero 3. ff. de condic. indebit.* vbi ait, si quis det mutuam pecuniam pauperi, & existenti non soluendo, qui ex pecunia alimentauit filios posse agere contra filios qui habent fortè res maternas, quem sequutus est ibi, *Angelus num. 1. Romanus singular. 213. Cremensis singulari 37. Cepolla cautela 246. Ioannes Lupus in repet. Rubr. de donationibus inter,*

inter §.66.num. 5. & 6. & in leg.61. Tauri numer.11. Castill. ibidem, glossa in verb. Vestir, y comer, Gamma decision. 366.ex numer. 6.Carrocius decis.128.Surdus cons.420.ex num. 1.lib. 3.& de alimentis.tit.8. priuilegio 48. ex num. 5. Matienzus in l.3.tit.9.lib.5.Recopil.gloss.7.numer.5.Barbosa vbi supra numero 52.Baeza de inope debitore.capit.1.numero 53.& 54. Didacus Perez in additione ad Seguram in repetitione l.3.§.6.n.numero 75.ff.de liber.& posth.Collantes in pragmaticam rei frumentariæ,lib.1.cap.16.num. 5.Azeuedus in leg. 9.ex numero 30. titulo 3. libro quinto, Recopil.Ceuall.in speculo practicarum,tom.4.quæst.900. ex num. 41.Thuscus liter. A.concl. 286.numer.67.Sanchez de matrimonio,libro 9.disput.4.ex num.28. & copiosè allegat Flores Diez de Mena ad Gammā decis.186.Ratio est,quia dos debet deseruire pro oneribus matrimonij,l.pro onerib.C. de iure dot.Ergo si quis agnoscat matrimonij onera loco dotis,debet ex ea repetere quod expendit,quasi gesserit eius negotium.

9 Dico tertio, pro debito vxoris contracto ante matrimonium potest fieri executio in bonis dotalibus in subsidium, & in defectu aliorum bonorum extra dotalium, aut paraphernalium. Ita sentiunt Albericus de statutis, 2.part.quæst.60.& 3.part.quæst.4. Guido Papa decis. 447. numer.1.& 2. Capic.decis. 128. numer.5. & ibi additio 1. Franchis decis.636.Cartarius decis.34.nu.7.& 8.Hieron. de Leo decis.50.ex num.6.Castillo decis.97.libr.1.Anton. Faber lib.4.Codicis.tit.8.diffinitione 1.Carroc.de exceptionibus, seu remedijs contra præiudiciales sententias,exceptione 104. nu.4.amicus noster D.Riccius collectan.1448. Costa de remed.subsidiarijs,remed.94.numer. 1.Henricus Bouerius singular.70.num.15.Ponte de potest.Proregis, tit.10.§.1. tit. de decret.Collateralis Consilij,numer.2.Ratio est primò, quia bona dotalia transeunt cum sua causa,l. mulier bona 73. ff. de iure dot. & sic in subsidium fit executio in bonis dotalibus pro debito,cui sunt obligata,vt notat glossa verb. Fundum reddat in l.Titia 63.ff.eodem titulo,et ibi Albericus numer.2.Secundo deinde,quia debitum soluendum est ex bonis debitoris,quæ capiuntur pro satisfaciendis creditoribus, leg. à Diuo Pio 15. per totam,ff.de re iudicat.l.1. l.2.l.3. C.de execut. rei iudic. Ergo debitum vxoris contractum ante matrimonium soluendum est ex bonis vxoris. Si igitur nulla alia habeat præter bona dotalia, ex ipsis debet satisfieri creditori.Non enim erat permittendum mulierem nubendo posse fraudare suos creditores. Hoc quidem, si in bonis dotalibus contracta fuisset hypotheca,quod si actio personalis intentatur contra mulierem, quæ omnia bona sua in dotem dederit, quę actio ante matrimonium quæsita fuerit, poterit agi contra maritum in subsidium, tanquam contra possidentem res vxoris. Qui poterit duobus modis se eximere.Primò,si patiatur fieri executionem in rebus dotalib.quoad proprietatem, saluo vsufructu sibi debito. Secundò,si iuratoriam cautionem sinat exigi ab vxore,per creditorem de soluendo ęre alieno soluto matrimonio,vt rectè notarūt Guido Papa,Costa,et Ricc. vbi supr. Ego existimarem, non permittendam hanc fraudem,& tam dilatam creditoris satisfactionem, sed statim procedendum ad celerem debiti solutionem ex bonis mulieris dotalibus.

10 Quòd verò hæc executio debiti sub hypotheca præcedentis matrimonium,in bonis dotalibus in subsidium facienda sit, alijs bonis non existentibus ex eo constat, quia vbi potest debitum satisfieri ex alijs bonis, æquum est, nè marito sustinenti onera matrimonij in dote accepta fiat præiudicium, argumento Authent. hoc si debitor,C.de pign.Item quia ob eandē æquitatē statutū est,vt creditor prius excutiat pignus specialiter obligatū, quā agat contra possidētes pignora obligata generaliter,l.2. C.de pign. Tādem,quoniam liberum illud arbitrium,quod conceditur creditori ad vendenda debitoris, bona, quo sibi satisfiat,iuxta suam electionem, restringendum est,quando alijs creditoribus eiusdem debitoris exinde resultaret præiudiciū,& cómodè posset creditor qui electionem prętendit,ex aliquibus bonis satisfieri,sine aliorum damno,vt circa textum in l.creditoris arbitrio 8.ff. de distract. pignor,quo nititur primus creditor, adnotarunt Bartol.ibi,et Salicet. numero 2. Angelus in princip. Minad. decisio.13.Marta decis.130.Ioann. Vincentius ad Anna allegatione 141.Riccius collectan.482.Roderic.Suarez in l.quoniam in prioribus,ampliatione 11.numer.13. C.de inofficioso testament.

11 Attamen hæc executio pro debito vxoris contracto ante matrimonium, non potest fieri in fructibus rerum dotalium, quia fructus dotis pertinent ad maritum matrimonio constante, l.dotis fructus 8.ff. de iure dot.leg.pro oneribus 20.Cod. eodem titul. Amato qui plurimos allegat libr.2.variar.resolut. resolutione 83. ex numer. 1. In rebus autem mariti pro debito vxoris executio fieri non potest,quemadmodum è contra,neque in rebus vxoris pro debito mariti,Rub.et per totum,C.ne vxor.pro marito, vel maritus pro vxore,vnus enim pro alterius debito non obligatur.

12 Dico quarto, pro debito vxoris legitimè contracto constante matrimonio non potest fieri executio in bonis dotalibus, aut eorum fructibus, posset tamen fieri in parafernalibus. Primam conclusionis partem tradunt Guido Papa d.decis.447.num.2.Cartar.decis.34.num.9.Faber lib.4.C.titul.8.definit.1.Ricc.collect.386.et collect.1448. Peregrin.de iure fisci.libr.5.tit.1.num.118. Thesaurus libro 4.quæst.forens.quæst.3.Syntagmat.commun. opinion. libro 7. titul.15.numer.56. Amatus libr.1.variar.resolut.resol. 45. num.24.

13 Dixi pro debito legitimè contracto,quoniam vxor, constante matrimonio, iuxta statuta multarum prouinciarum non potest contrahere sine consensu & licentia mariti,vt testatur Tiraquellus in leges connubiales, gloss.4. ex nu. 12.et glossa 5.et glossa 8.ex num.et ibi,numer.4.refert diuersa eiusmodi statuta.Cassanæus in consuetud.Burgund. Rubric. 4. §. 1.etiam si de iure ciuili contrarium statuebatur,vt notat Tiraquell.in dict.gloss.8.numer.5.Id statuitur de iure Castellæ in l.1.& 2.titul. 3.lib. 5.Recopil. quæ erant l.54.& 55.Tauri,quibus decernitur,nè mulier nuptæ possit sine licentia mariti contrahere, & notant Doctores Hispani,Ioan.Lupus in repetit.Rubric.de donatio. inter §.68.ex numer.1.Rodericus Suarez in leg.13.Titulo de las dudas,libro 3.fori.Menchaca quæst.vsufrequentium.lib. 1.cap.10.ex num.1.& cap.11.12.& 13.Baeza de non meliorand.cap.11.ex num.48. Lara in leg.si quis à liberis §.ex bis,numero 266.ff.de liber.agnoscend.præter Scribentes ad eas leges.Et in l.4.& 6.eodem titul.3.libro 5. Recopilation. quæ sunt leg.57.& 59. Tauri,conceditur iudici, vt possit cum causæ cognitione,aut compellere maritum renuentem ad dandam vxori licentiam contrahendi, aut si dare nolit, aut non possit propter absentiam,aut furorem ipse illam dare,quod procedit ex ratione à nobis tradita, tit.1.disp.2.num.212.& hoc eodem tit.disput.3.nu. 31. Igitur, vt ad rem deueniamus, si contractus mulieris sit illegitimus,& sine licentia mariti in illis locis in quibus licentia requiritur,nullam producit obligationē,imò neq; illi potest accedere fideiussor, vt pluribus prosequitur Tiraquellus vbi supra dict. gloss. 4. & sic dubium non est,

pro

pro tali contractu executionem fieri non posse. De isto igitur contractu proposita conclusio non agit, sed de contractu legitimo facto cum licentia mariti, in quo versatur difficultas.

14 Prædicta autem conclusio quoad primam partem probatur, quia mulier constante matrimonio contrahendo, etiam si contractus sit validus, quoad sui præiudiciũ non potest nocere marito, eique pręiudicare quoad dotem, & eius fructus illi assignata pro oneribus matrimonij supportandis. *l. si prędium 23. C. de iur. dot. l. constante 21. C. de donation.* cum interea maritus sit dominus dotis. *l. dote ancillam 9. C. de rei vindicat.* Neque dicas præiudicare sibi maritum, qui licentiam contrahendi dedit vxori, per quam reddito valido contractu poterit exequutioni mandari in rebus dotalibus, & earum fructibus, idque damnum sibi maritum imputare debere, qui potuit licentiam non dare. Quoniam licentia se obligandi simpliciter vxori data à marito, cum habebit effectum, vt contractus valeat, vt illi possit accedere fideiussor, vt possit executioni mandari super alijs rebus vxoris extra dotalibus, & ipsi vxori operetur præiudicium, non verò, vt vir ipse sibi paret præiudicium, ad quem effectum producẽdum opus erat expresso consensu obligandi dotem, aut fructus eius. Isti enim effectus sunt diuersi, & vnus ex alio non infertur, & in renunciationibus iuris proprij requiritur expressio, aut quod exprimatur aliquid, quod habeat necessariam connexionem, cum tacite renunciatio, vt dixi *titulo 1. disputatione 2. num. 138.* Idque quamuis non ita clarè notasse videtur *Azeuedus in l. 3. numer. 6. titulo 3. libro 5. Recopil.* qui allegat in eandem rem *Cifuentes, & Campegium. Facit doctrina Tiraquelli in dicta glossa 5. numero 198.* & nos inferius vberius explicabimus, *disputatione 23.* Esset autem optima cautela, vt dum vir vxori licentiam contrahendi concedit, explicet, id efficere citra sui præiudicium quoad bona dotalia, & eorum fructus.

15 Quoad secundam verò partem, posse, inquàm, fieri executionem pro debito mulieris in paraphernalibus, videtur notum ex ipsi terminis. Nam debitum vxoris ex bonis eius soluendum est, & in eis facienda est executio, vbi non versatur præiudicium tertij, videlicet mariti. Bona autem paraphernalia sunt vxoris nullo alligata vinculo in beneficium mariti. Ergo in illis potest fieri executio.

16 Amplia prædictam quartam conclusionem, vt procedat in debito ex delicto per vxorem perpetrato constante matrimonio, nam neque per delictum vxor potest præiudicare marito, neque condemnatio vxoris erit exequenda in bonis dotalibus, aut fructibus dotis constante matrimonio. Ratio est, quia qui contrahendo non potest alteri præiudicare, non potest eidem præiudicare delinquendo, *leg. si filius 3. Cod. de bonis proscript. Antonius Gomez in l. 40. Tauri numer. 91. in principio, Tiraquellus in leges connubiales, glossa 5. numer. 156. Molina de primogenijs libro 4. capite 11. num. 7. & 18. Roias de successionibus, c. 7. num. 60. Farinacius in prax. crim. q. 24. num. 5. in fin. Peregrinus de iur. fisci, lib. 5. tit. 1. num. 90. & ex num. 99.* cum plurimis omissis.

17 Sublimita primo prædictam ampliationem, vt non procedat in illis quinque delictis, quæ refert, *leg. quinque legibus 3. ff. de bon. damnat.* ob quorum condemnationes executionem patiuntur bona dotalia vxoris, nedum fructus eorum, qui textus probans hanc exceptionem firmat regulam in contrarium. *l. nam quod liquidè 4. §. vlt. ff. de pœn. legat.* cum vulgatis, notant *Bartolus, Bald. Angel. Paul. Alexand. Iason, & cæteri allegati supr. numer. 2. Ioann. Lupus in l. 78. Tauri num. 1. Ioan. Antonius de Nigris ad Capitula Regni Neapol. in cap. Item statuimus, quòd si fortè 133. ex num. 6.*

18 Sublimita secundo, de iure Castellæ, iuxtà quod pro quolibet delicto commisso à muliere, pro quo sit bonorum confiscatio etiam extra illa quinque, aut etiam condemnatio pecuniaria, mulier patitur executionem in bonis dotalibus, & ea amittunt tàm vxor, quàm vir constante matrimonio. Ita statuitur *in leg. 78. Tauri, quæ est, l. 11. tit. 9. libr. 5. Recopil.* vbi notat *Azeuedus num. 5.* qui alios allegat, animaduerterat *Ant. Gomez in d. l. 78. Tauri num. 2.*

19 Dico quinto, pro debito communi viri, & vxoris non potest fieri executio in rebus dotalibus insolidum. Ita sentiunt *Baldus in l. ob maritorum 2. num. 10. & 11. Salicetus num. 5. C. nè vxor pro marito, Baldus Nouellus de dote, 7. part. priuileg. 18. Rebuffus tomo 1. in Constitut. Regi tractat. de liberis obligat. articul. 2. glossa vnica, numer. 99. Gatima decis. 200. Barbosa in l. si constante 25. in princip. num. 49. & 50. ff. soluto matrim.* Ratio est, quia dos non potest alienari, etiam de consensu vxoris *leg. si prædium, C. de iure dot. l. 1. ff. de fund. dotal.* Ergo nec iure pignoris capi. Secundò, quoniam obligationis executio fieri debet in bonis debitorum. Ergo pro debito communi viri, & vxoris debet fieri executio in bonis communibus, res autem dotales non sunt communes. Ergo in eis non debet fieri executio insolidum pro debito communi.

20 Ex quo conclusione infertur, non posse etiam in fructibus rerum dotalium fieri executionem pro debito cõmuni insolidum. Ratio est, quia fructus rerum dotalium sunt mariti, & ad illum solum pertinent, *d. l. dotis fructus, 8. in principio, ff. de iure dotal. l. pro oneribus 20. C. eodem titulo.* Ergo in eis non poterit fieri executio insolidum pro debito communi viri, & vxoris.

21 In subsidium autem, & non existentibus alijs bonis fiet executio in dote pro parte debiti ad vxorem pertinente, & in fructibus rerum dotalium pro parte debiti pertinente ad maritum. Probat *textus in lege omne æs alienum 27. ff. pro socio, leg. cùm duo 2. l. eandem 9. §. cùm duo, l. reos 11. §. cum tabulis, ff. de duobus reis.* Melior textus de iure Castellæ *in leg. 8. titulo 9. libro 5. Recopilation.* notant *Ioannes Lupus in Rubrica de donatione inter. §. 66. numero 2. Gamma decisione 86. num. 1. & decis. 366. num. 3. Barbosa vbi supra,* qui plures refert.

22 Limita prædictam illationem, vt non procedat in illis prouincijs, in quibus inter maritum, & vxorem cõtrahitur, simul cum matrimonio societas bonorum, aut lucrorum quæsitorum constante matrimonio; nam in illis ex lucris constante matrimonio quæsitis, ac per consequens ex fructibus soluenda sunt debita communia, & in eis pro eiusmodi debitis erit faciẽda insolidum executio. Id obseruari debebit in Castella, vbi coniungibus acquiruntur pro medietate omnia bona cõstante matrimonio quæsita, inter quæ numerãndi sunt fructus bonorum dotalium, & aliorum quorumcunque, *iuxta l. 2. 3. 4. 5. 6. & 8. tit. 9. lib. 5. Recop.* ad quas notant *Azeuedus, & Matienzus, & Tauristæ in l. 14. & 53. Tauri, Ioannes Garcia tract. de coniugali acquæstu ex nu. 97. & ex nu. 149.*

23 Declara prædictam limitationem, vt si mulier renunciet lucris quæsitis constante matrimonio, non sit obligata ad solutionem debitorum contractorum à marito constante matrimonio, vt statuitur *in l. 60. Tauri, quæ est leg. 9. titulo 9. libro 5. Recopilat.* ad quam notarunt *Matienzus, & Azeuedus, Ioannes Lupus in Rubrica de donatione*

inter,

inter.§.6-6.numer.3 Ioannes Garcia de coniugali acquestu numero 148. cum sequentibus, & numero 155. cum sequentibus. Hoc tamen debet intelligi de debitis à solo marito contractis, nam si debitũ esset verè vxoris commune cum marito, non posset excusari à solutione partis ipsam tangentis ob renunciationem lucrorum quæsitorum constante matrimonio.

SVMMA DISPVTATIONIS Vigesima.

1 *Obligatio filij non est exequenda in iure, quod habet, vt alatur à patre.*
Ius alimentorum non potest cedi, nec vendi, nec iure pignoris capi, aut quouis modo in alium transferri, ib.
2 *Illa non possunt cedi, quæ ad hæredes non transeunt.*
Ius alimentorum finitur morte, ib.
3 *Quoties competit ius aliquod ratione alicuius qualitatis intransmissibilis, illud in alium transmitti non potest.*
Ius patroni ad alimenta percipienda ab Ecclesia non ceditur, ibid.
Ius prælationis, quod habet dominius directus in re emphyteutica, vel feudali non potest cedi, aut transferri non translato dominio directo, ib.
Ius congrui non potest cedi, sine dominio domus vicinæ, ibid.
Ius retractus ratione consanguinitatis cedi non potest, ib.
4 *Pro debito patris non potest fieri executio in alimentis præstandis à filio.*
5 *In legitima debita filio à patre post mortem, non potest fieri executio pro debito filij, aut condemnatione criminali.*
Pater dum viuit non debet filio legitimam, ib.
6 *Pro debito filij non potest fieri executio in bonis filij, quorum vsusfructus ad patrem pertinet.*
Qui non potest contrahendo præiudicare alteri, non potest etiam delinquendo, ib.
7 *In alimentis præteritis filio debitis potest fieri executio.*
8 *Quamuis vsusfructus cedi non possit, neque maioratus, aut fideicommissum non vocato, commoditas fructuum cedi potest, & in ea poterit fieri executio.*

DISPVTATIO XX.

Vtrum executio possit fieri contra filium in alimentis præstandis à patre.

1 RESpondendum est, condemnationem filio factam, ant obligationem ab eo contractam, non posse executioni mandari in iure illo, quod habet, vt alatur à patre, *iuxta leg. si quis à liberis 5. in principio, & per totam. ff. de liber. agnoscend.* neque illud ius posse iure pignoris capi in executioné iudicati, aut obligationis guarentigiæ. Ita sentiunt *Bossius diuersorum tractatu titulo de bonorum publicatione, numer. 72. Speculator. libro 2. titulo de executione sententiæ, §. sequitur, numer. 11. Nellus de Bannitis, 1. part. 2. tempori, numer. 36. Surdus consilio 269. numer. 13. volumine 2.* Probatur, quia ius alimentorum, quod habet filius, cedi non potest, neque in alium transferri. Ergo neque iure pignoris capi, neque vendi, & per consequens non potest in eo fieri executio, quæ perficitur venditione pignoris, & translatione eius in creditorem, vel alium emptorem. Antecedens probatur ex doctrina *Bartoli in l. is, cui 11. ff. de alimentis, & cibar. legat.* vbi ait, speciale esse in alimentis, vt facta bonorum publicatione, non transeat in Fiscum legatum alimentorum damnato relictum, *iuxta l. in metallum 12. ff. de iure Fisci, & Salicetus in l. si ademptis 5. C. de sentent. passis,* ait, speciale esse in alimentis, vt actiones pro eis, competentes non transeant in Fiscum, quia etiam damnatis alimenta legari possunt, *iuxta leg. si in metallum 3. ff. de ijs, quæ pro non script. haben. Caballus resolutione crimin. centur. 3. cas. 222. ex num. 1. Magonius decis. Lucens. 84. numer. 19.* Et quia hoc legatum personæ cohæret, capitis diminutione non extinguitur, *l. legatum 10. ff. de capit. diminu. vbi notat gloss. scholio 2.* & ius alimentorum præstandorum cedi non posse, neque in alium transferri, tradiderunt expresse idem *Bartol. in l. cum Titio 55. ff. ad leg. Falcid. Baldus in leg. 1. numero 7. versicul. Modo quæro, C. de priuileg. dot. Iason. in leg. si constante 25. in principio, numer. 234. ff. solut. matrim.* quod probant ex *l. dominus 64. §. vltim. ff. de vsufruct. Fabianus de Monte de empt. & vendit. quæst. 4. principali, ex numer. 53. Baldus Nouellus de dote, part. 12. num. 26. Tiraquell. de retractu lignag. §. 26. glossa 1. nume. 75. Lara in l. si quis à liberis, §. parens, numer. 73. ff. de liber. agnos. Surdus de alimentis, titul. 8. priuil. 55. ex num. 4. & priuil. 59. ex num. 14. & d. cons. 269. numer. 13. Hondedeus consil. 95. numer. 7. volum. 1.* Facit quod *Panormitanus in capite præterea 23. numero 11. de iure patron.* ait, ius, quod habet patronus percipiendi alimenta, aut honores ab Ecclesia, non posse cedi, vendi, aut in alium transferri.

2 Ratio est, quia illa cedi non possunt, quæ non transmittuntur ad hæredes, *l. ex pluribus 43. ff. de adminst. tut. ibi Bart. Tiraquellus d. §. 26. num. 47.* qui plures allegat *Cagnolus in l. 2. num. 38. C. de pact. int. empt. Barbosa in lege quæ tale 14. numer. 22. & in l. post dotem 41. numero 57. ff. soluto matrimon.* At ius alimentorum non transmittitur in hæredem, sed personæ cohæret, & finitur morte eius, cui alimenta debentur, *l. cùm hi 8. §. modus ff. de transact. dict. leg. dominus 64. §. vltimo, ff. de vsufruct. l. Firmio 26. in fin. ff. quando dies leg. ced. Doctores in l. 1. Cod. de legat. Bart. in l. Stichum, aut Pamphilum 16. numer. 2. in fin. ff. de verborum obligat. Baldus in lege si ita expressum 68. in fin. ff. de condit. & demonstr. & in Auth. cui relictum, num. 23. Cod. de indict. vidu. toll. & in l. cum in libris vltima, num. 17. Cod. de hæred. inst. Alex. cons. 18. num. 17. lib. 5. Dec. cons. 311. nu. 3. Cephalus cons. 158. num. 3. lib. 2. & cons. 399. numer. 12. lib 3. Tiraq. in tract. primogeniorum, q. 74. nu. 6. Lara in l. si quis à liberis, §. idem rescripsit, num. 76. & in §. item rescriptum, num. 17. ff. de liber. agnosc. Simon de Pratis de interpretat. vltimar. volunt. libr. 4. interpret. 3. dub. 3. & vltima solut. 8. ex numero 8. Surdus de alimentis, tit. 5. quæst. 1. ex numer. 1. & ex Neapolitanis gloss. in Const. Comitibus, versiculo, Prædicta autem, & ibidem Isernia, §. multò fortius, versic. Numquid, Afflictis ibidem, numer. 14. Rubrica 18. lib. 3. Franchis dec. 686. num. 3.*

3 Et vniuersim quando ius competit ratione alicuius qualitatis, quæ ex natura sua in alium transferri non potest, ipsum ius in illa qualitate fundatum, & illi adhærens transferri non potest, aut cessione, aut successione. Ita ius alendi passiuum, quod oritur ex qualitate filiationis, non transfertur in alium, quia filiatio, ex qua oritur, non potest transferri. Ius patroni ad alimenta percipienda ab Ecclesia patronata non ceditur, qui est annexum iuri patronatus, quod remanet in patrono, & non

potest

potest ab eo abdicari. Ius prælationis, quod habet dominus directus in re emmphyheutica, vel feudali, non potest cedi, aut transferri nō translato dominio directo, ex quo oritur. Ius congrui, quod oritur ex dominio domus vicinę nō potest in alium transferri non translato dominio domus vicinæ. Ius retractus, quod competit ratione cōsanguinitatis, non potest cedi in aliū, quia cōsanguinitas non potest in alium transferri. Tractat latè *Tiraquellus*, plurimis exemplis adductis, *de retractu consanguineorum, dicto §.26.glossa 1.ex num.*40. vbi agit de ijs, quæ cedi non possunt, & in alium transferri, *& Surdus consilio 205.ex num.21.lib.2.& rursus idem Tiraquellus in d.§.26. glos.3.ex nu.1.* commemorat è contra, quæ nam cedi possunt, & in alium transferri.

4 Amplia primò prędictam resolutionem, vt similiter pro debito partis non possit fieri executio in alimentis præstandis à filio, aut iure illo, quod habet, vt alatur à filio, iuxta eundem *textum in leg. si quis à liberis 5.in principio, & per totam, ff. de liber. agnosc.* Quæ ampliatio probatur ex iisdem fundamentis, quibus probata est principalis resolutio, iuncta regula correlatiuorum, quam commemoraui supra *titul. 1. disputat. 3. numer.4.& tit.2.disputat.8. num.23.& 24.*

5 Amplia secundò, vt nec in legitima debita à patre filio post mortem possit fieri executio in vita patris condemnationis, aut obligationis filij. Ratio est, quia pater dum viuit, non debet filio legitimam, *leg.1.§.si impuberi, ff.de collat.bonor.l.cùm quæritur 6.Codic. de inofficioso testament. Merlin.de legitima, libro 5. titulo 3.quæst. 1. ex numero 1.* Ex quo fit, vt pater possit suum patrimonium, dum viuit, ità expendere, aut fortuito pendere, vt nihil filio relinquat, quod cedat lucro creditorum eius. Ampliationem amplectuntur *Ioannes Lupus in repetit. capit. per vestras, notab.3.§.23. numer. 14. de donat.inter, Couarruuias libro 2. variarum capitul. 8. numero 7. Lara in leg. si quis à liberis, §. item rescriptum, numero 15.& 16.ff.de liber.agnosc. Duenas regul. 356. Gutierrez in repetit. capitul. quamuis pactum, in principio, verb. Quamuis pactum, numero 21. de pact.in 6.& in repetit.§.fui, ex numero 89.& 90. institut.de hæreditat. qualit. & differ. Sanchez operis moralis, libro 2.capitul.15.quæstione vltima, ex numero 19. Crassus de successionibus libro 1.§.legitima, quæstione 12. numer. 1. & 2.Bossius diuers.tractat.titulo de bonorum publicatione, numero 27. Peregrinus de fideicommiss. artic. 36. numero 14.& 15.& de iure fisci, libro 5. titulo 1. numero 37.et 133.Surdus decisione 167.ex numero 1.et de alimentis, titulo 8.priuileg.26.ex numer.1.priuileg.77.num.7.priuileg.88. nu.3.Ricc.collect.665.Farin.cons.206.lib.3.Merlin.de legitima.lib.3.tit.1.quæst.33.ex nu.1.*

6 Amplia tertiò, vt nec etiam possit fieri executio in bonis filij, quorum vsusfructus ad patrem pertinet pro condemnatione filio facta, aut eius obligatione, *iuxta l.vltimam, §.filijs autem, C.de bon.quæ lib.* Ita sentit *Bartol. in leg.si finita 15.§.si de vectigalibus, numer. 12. Alexand.ex numero 44.ff. de damn. infecto, Roder.Suarez in l.post rem, in casu, seu notabili 12.ff. de re iudicat.et ad eum locum Valdes, Antonius Gomez tomo 2. variarum capite 13. ex numero 13.cum 14.et sequentibus, Menochius de recuperand.possess.remed.9.ex numero 65.* vbi meminit contrarię opinionis, & satisfacit eios fundamentis, *Mendez in l.cùm oportet, numer.85.Cod. de bon.quæ liber.Sanchez operis moralis, libro 2.capit.15.quæstion.2.ex numero 9.* vbi copiose allegat, *Peregrin.de iure fisci, libro 5.titulo 1.ex numero 128 Farinac.in prax.criminal.quæst.24.ex num. 5.et decis. crimin.145.ex n.1.Iannius de citatione reali, libro 2.capit. 11.numer.38.Iulius Clarus libro 5. sentent.§.fin. quæst.78. num.12.et quæst.86.num.3.Azeued.in l.3.ex num.134.tit. 10.libro 4.Recopilat.* Ratio est, quia qui contrahendo alij præiudicare non potest, non potest eidem præiudicare delinquendo, vt dicebam *disputat.præcedenti, numero 16.* quia cum quid vna via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti, *cap.cùm quid 84.de reg. iur. in 6.* Filius autem contrahendo non potest præiudicari patri in aduentitijs, quorum vsumfructum habet, *d.leg.vltim.§.filijs autem,* vbi prohibetur filio alienatio bonorum, in quibus pater habet vsumfructum, quæ alienatio non solum prohibetur fauore filij, sed etiam patris, vt animaduerterunt *Menochius, et Mendez, vbi supra.*

7 Eandem tamen resolutionem limita primo, vt non procedat in alimentis præteritis filio debitis, nam in eis poterit fieri executio. Quoniam & hæc cedi possunt, & in alium tranferri, & transmittuntur ad hæredem. *l.vti frui 5.§.fin.ff.si vsusfruct.pet.l.fructus 34.§.hac ratione in fin.ff. de rei vendicat.Gigas de pensionibus, quæst. 52.nu.5.Lara in leg.si quis à liberis, §.si quis ex his numer. 140. ff. de liber. agnosc.* Hanc limitationem tradit *Surdus de alimentis, tit.8. priuileg.55. num.10.vers.Nostra autem.*

8 Secundò declara supradicta, vt quamuis vsusfructus cedi non possit alij, quam domino, nam cedendo eum extraneo, nihil agitur, *§.item finitur, inst.de vsufruct.l.si vsusfructus 67. ff. de iur. dot. Tiraquellus de retractu lignag. d.§.26.gloss. 1. numer. 46.* neque fideicommissum, aut maioratos in non vocatum cedi possit, posse tamen cedi, & in alium transferri commoditatem vsusfructus, fideicommissi, aut maioratus, quæ multum differt à iure ipso, iuxta rectè notata à *Caualc.de vsufructu mulieri relicto, capit.2.ex numero 182.Peregrino de fideicommissis, articul.45. numero 9.* & in effectu non est aliud, quam venditio, vel alienatio fructuum fideicommissi, aut maioratus, aut percipiendorum ab vsufructuario, notat *Ioan. Antonius Trigona singulari 50.numero 6.* & in hac commoditate poterit fieri executio, & iudicialis venditio, quemadmodum posset eadem commoditas transferri in alium, per voluntariam extra iudicialem venditionem, vt dixi post plurimos, quos retuli *hoc eodem titulo disputat.1.numero 20.*

SVMMA DISPVTATIONIS Vigesimaprimæ.

1 *Multum interest inter venditionem factam à debitore, & factam à creditore iure creditoris, & redditur ratio discriminis.*

Diuc si effectus orti ex isto discrimine remissiuè, ib.

2 *Quid sit vendere rem iure creditoris.*

3 *Cùm res instantibus creditoribus venditur à iudice, dubium est, an sit censenda vendi à debitore, an è creditoribus iure creditor.*

4 *Censendum esse, rem vendi à debitore, qui senserint.*

Factum iudicis censeri factum partis, ib.

5 *Quod facit creditor, circa venditione pignoris, facit tanquam procurator debitoris.*

6 *Contraria sententia fuit aliorum, credentium, quando pignus venditur à iudice instantibus creditoribus vendi pignus à creditore primò, iure creditoris.*

7 *Creditores deducendo in iudicium suam actionem, non faciunt conditionem suam deteriorem.*

Vtilius est creditoribus, quòd res vendatur ab ipsis iure creditoris, quàm quod vendatur à debitore, ib.

8 *Tertia sententia conciliatio duarum primarum, quòd res ven-*

vendatur iure creditoris, & à debitore quoad quadam, & ab vtroque verior, & amplectenda.

Opinio distinguens praualere debet inter aliàs extremè discrepantes, ib.

9 *Quoties pignus venditur sub hasta ad instantiam primi creditoris, excluduntur posteriores à iure offerendi.*

10 *Ampliationes huius regulæ, remissiuè.*

11 *Limitationes eiusdem, remissiuè.*

DISPVTATIO XXI.

Vtrum venditio pignorum captorum in causam iudicati sub hasta, mandato iudicis, instante creditore, vel pluribus creditoribus, censenda sit fieri à debitore: an à creditore iure creditoris?

1 MAgnum versatur discrimen inter alienationem, aut venditionem, vel dationem insolutum pignoris factam à debitore, & venditionem, aut dationem insolutum eiusdem pignoris factam a creditore iure creditoris, ex quo discrimine oriuntur diuersi effectus notatu digni, vt animaduerterunt Doctores, *iuxta text. in leg. cùm prior 3. ff. de distract. pign. & in leg. 1. & 2. Cod. si antiquior. credit. pignor. vendider.* Nam venditione, vel insolitum datione pignoris à debitore facta, etiam creditori priori, remanet saluum posterioribus creditorib. ius pignoris, & ius offerendi, auferendique pignus hac via à primo possessore, *l. si prædium 4. C. de euiction.* Si verò venditio, aut alienatio fiat à creditore iure creditoris, dum ille est primus creditor, resoluitur ius pignoris posteriorũ creditorum, & eis non competit ius offerendi, vt statuitur *in d. l. cũ prior, & in d. l. 1. C. si antiq. cred. pig. vendide. & in l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* & notant Doctores, *in dd. l. Baldus consil. 25. in quæstione vertente, numer. 4. vol. 1. Fulgos. cons. 126. quidam nomine, num. 1. vers. in negotio, Negusan. de pign. 5. par. memb. 3. 1. par. ex num. 4.* qui limitat hanc conclusionem septem modis, *Afflict. decis. 16. num. 2. & ibi Vrsil. num. 1. et 2. Franchi decis. 453. Marescot. lib. 2. variar. resol. cap. 136. Balduinus in §. contra autem creditor. num. 5. inst. quib. alien. lic. vel non. Tepat. in compendio variar. titul. 418. Peregrin. de iure fisci. lib. 6. tit. 6. numer. 55. Fabius de Anna cons. 37. nu. 1. Menoc. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 121. Metrer de pignorib. lib. 1. tit. 10. ex num. 1. Gratian. dec. 66. ex num. 1.* Rationem huius discriminis reddunt, quia cum primus creditor vendit rem iure creditoris ex facultate ei concessa tempori cõtracti pignoris, *iuxta textum in §. contra autem, inst. quib. alien. licet, vel non, l. si conuenerit, 4. ff. de pignor. act.* transfert in emptorem dominium rei hypothecatæ, non affectum, nec obligatum alteri, quia tempore, quo primum accepit, cum hypotheca licentiam, & ius alienandi rem hypothecatam, nulli alteri obligationi erat supposita, & ideò vendendo resoluit omni ius secũdi creditoris ac si ea res nũquam illi obligata fuisset, cùm facultas vendendi præcesserit prædictam secundi creditoris obligationem, & resoluto iure datoris, scilicet debitoris, resoluitur ius acceptoris, scilicet secundi creditoris, *l. si ex duobus 6. §. sed & Marcellus, ff. de in diem addict. l. lex vectigali 31. ff. de pignor.* At verò cum debitor vendit, transfert rem obligatam omnibus suis creditoribus, quibus non potest præiudicare, neque efficere, quin transeat res cum sua causa, *l. alienatio 67. ff. de contrah. emption. l. ad eum 35. §. Lucius ff. de donation. leg. traditio 20. §. quoties, ff. de acquir. rer. domin. capitul. ex literis 5. in fin. de pignorib. & ibi glossa vltim. leg. 53. intul. 6. par 1.* Et prædictum discrimen, & diuersos ex eo ortos effectus declarant optimè *Cynus Alberic. Bald. Angel. & Salicet. in d. l. 1. num. 1. Fulgos. num. 3. C. si antiquior. creditor. Morotius de iure offerendi, num. 16.* qui etiam limitat conclusionem nouem modis vltra superius allegatos.

2 Quid autem sit vendere rem iure creditoris? *Baldus tract. de pignor. cap. 18. Mudeus in eodem tractatu, titulo de pactis pignorum, & hypothecarum, numer. 32. & Vrsillus vbi supra,* conueniunt non aliud esse vendere rem iure creditoris, quàm vendere pignus, iuxta legem pignori datam, & conuentionem factam eo tempore, quo pignus contrahitur, vt *in d. §. contra autem, inst. quibus alien. licet, vel non, & in l. si conuenerit 4. ff. de pignorat. actio. & in l. si fundus 16. §. vltim. ff. de pignor.* aut si conuentio circa venditionem facta non sit, iuxta illam, quæ tacitè inest ex *l. 3. §. sancimus, C. de iur. domin. impetran.* & quatenus creditor de ea venditione pignoris teneatur, quidque præstare debeat, rectè adnotauit *Mudeus vbi supra, Hugo Donellus tractat. de pignor. cap. 10. in fin. & Doctores in l. 1. C. creditorem euict. pign. non deb. Angel. Aretin. in dict. §. contra autem, num. 9.*

3 Hæc obtinent iuxta notas regulas, cùm pignus venditur à creditore iure creditoris, vel à debitore extraiudicialiter. At cum instantibus creditoribus res pignori capta in causam iudicati vẽditur à iudice exequente, nõ est expeditum, quid de ista venditione iudicandum sit. An censendum sit, vendi pignus à creditoribus iure creditoris: an potius à debitore: vt deinde videamus, quisnã sit istius venditionis effectus, & an emptor remaneat securus, ne possit ab eo auferri res empta à creditoribus posterioribus postea comparentibus per ius offerendi: an potius expositus periculo iuris offerendi posteriorum creditorum, & amittendi hac via pignus, quod emit.

4 Prima sententia ait, in hac specie censendum esse, vendi pignus à debitore, & iuris censura idem prorsus esse, quod si idemmet debitor venderet. Ita sentit *Baldus in l. vnica, numero 7. C. si seruus extero, & in Lordo 3. numero 5. C. de execut. rei iudicat. & in l. 1. numer. 4. & 5. C. creditor. euict. pign. non deber. Salicetus in dict. l. ordo, numer. 4. in fin. Negusantius de pign. 5. par. princip. memb. 3. 1. par. numer. 7. Antonius Faber libr. 8. Codicis, titul. 10. diffinitione 1. & de errorib. pragmatic. decade 1. errore 5. Surdus decis. 266. num. 13.* Et probatur ex celebri adnotatione *glossæ in l. ad, quod nostrum 11. oppositione 5. ff. de regulis iuris,* dicentis, factum iudicis censeri factum partis, seu debitoris: & ideò ex facto, & venditione facta à iudice tenetur debitor, ac si ipse eam fecisset, *leg. si ob causam 4.* vbi notant omnes, *Cod. de euictionibus, ego memini supra, titulo 1. disputat. 8. numer. 8.* quam doctrinam multis exornat iuxta morem, *Tiraquellus de retractu lignagier, §. 1. gloss. 14. num. 13. & 14.*

5 Secundo deinde, quoniam quidquid facit creditor, circa pignotis venditionem, facit tanquam procurator debitoris, & iuris censura idem est, quod si faceret procurator debitoris, seu debitor per suum procuratorẽ, *l. creditori 9. vbi notat Iason numero 2. ff. de noui operis nunciat. Bartol. in leg. si pignori 30. numero 8. ff. famil. ercisc und. Baldus in l. vnica, num. 7. C. si seruus extero, & in l. 1. num. 2. C. cre-* ditor.

ditor euict. pign. non debe. Negusantius de pig. 6. par. memb. 1. nu. 13. Mudeus de pignorib. tit. de pactis pignorum, & hypothecar. num. 10. & num. 23. Ergo cum creditor instat apud iudicem pro venditione pignoris, est quasi ipse debitor instaret, & faceret vendi pignus.

6 Secunda sententia ait, iuris censura cùm venditur pignus in causam iudicati ad instantiam creditorum, censendum esse vendi pignus à creditoribus iure creditoris. Ita sentit *Ioannes Vincentius de Anna allegatione 56. ex numero 3. Franchis decis. 69. numero 2.* qui dicit sic seruari in S. C. *Riccius collect. sua 67. Gratianus tomo 2. disceptat. forens. cap. 326. numer. 6.* Quæ sententia probatur primo eodem modo, quo prima, quoniam factum iudicis censetur factum partis, *dicta l. si ob causam 4. Cod. de euictionibus*, in quo textu expresse agitur de venditione iudiciali facta sub hasta, *& in l. si pignora 50. ff. eodem titulo, elegans textus in l. creditor 42. ff. de pigaorat. action.* ibi: *Cùm in venditione, quæ ritè facta est suum creditor negotium gerat.* Ergo cum iudex vendit instantibus creditoribus, censendi sunt ipsi creditores vendere.

7 Secundo, quoniam creditores exercentes actionem suam, & eam deducendo in iudicium, dum petunt vendi pignora sibi obligata, quod possent ipsi propria authoritate, sine iudice facere, non faciunt conditionem suam deteriorem, sed meliorem, *l. aliam 29. ff. de nouation. l. non solet 87. ff. de regulis iuris*. Ergo cum melius sit, tum ipsis creditoribus ob maiorem emptorum copiam inueniendam, tùm etiam emptoribus, vt remaneat tuti, & securi ex venditione pignorum, nè ab eis possint auferri, per ius offerendi posteriorum creditorum, censendi erunt potius vendere iure creditoris, quam quod debitor vendat.

8 Tertia sententia media videtur complecti, & concordare duas priores extremas. Ait enim, venditionem rectè & ritè factam à iudice pignoris capti in causam iudicati instantibus creditoribus, censeri factam à creditore quoad quædam, & à debitore quoad alia, & in summa, ab vtroque. A creditore quidem iure creditoris, ad excludendos posteriores creditores à iure offerendi, & quoad omnia ipsi creditori vtilia: quoniam eadem est authoritas iudicis in distrahendo pignore iudiciali, quæ est creditoris in vendendo pignore conuentionali, & vtrinsque exequuta est potestas, *leg. 1. Codice si in causam iudic. pign. capt. sit*. Cùm ad instantiam creditoris distrahatur per iudicem, vt ex eius pretio eidem creditori satisfiat, *leg. à Diuo Pio, §. in venditione, & §. si super rebus, versicul. Quòd si res, ff. de re iudicat.* meritò re, & effectu, & quoad omnia, quæ creditori prodesse possunt, venditio, vel addictio videtur facta iure creditoris, ita vt secundus creditor non debeat admitti ad offerẽdum ei, cui primus creditor, vel Iudex executor eius nomine eandem rem vendidit, quasi creditor ipse vendidisset. A debitore verò censetur facta quoad id, ne possit debitor factum legitimum iudicis contradicere, aut impugnare, tanquã si esset proprium factum; & etiam respectu euictionis, vt teneatur debitor, ac si ipse vendidisset, quia pretium in eius vtilitatem versum est. Sed extra illas causas, si non fit vtile creditori factum Iudicis, non reputatur factum Patris, vt probatur *in l. à Diuo Pio §. sed si emptor, ff. de re iudic.* vbi licet Pars non possit inuita altera à venditione recedere, tamen Iudex potest recedere a venditione à se facta, quia verè, & propriè est factum ipsius Iudicis. Item Iudex debet vendere præsenti pecunia, licet debitor ipse posset vendere credito. Ideò *Bartolus in l. eleganter 24. in princip. num. 5. ff. de pignor. act. et Angelus cons.* 203. *ex primo laudo, nu. 2.* docent, non reputari omninò, & per omnia factũ Partis quod facit Iodex. Ego notaui supra *tit. 1. disp. 8. num. 8.* Hanc tertiam sententiam, quæ mihi etiam magis placet, amplexus est *Francisc. de Claperijs, in centuria causarum, causa 100. q. 3. num. 3. & 4.* Ex qua facilè satisfit fundamentis aliarum. Vt omittam id eò, haoc videri debere potiorem sententiam, quoniam opinio distinguens præualere debet inter alias extremè discrepantes, quia quæ media est, magis videtur ad veritatem accedere, vt notat *glossa in cap. scientes 3. verb. Ab initio, de censibus, & ibi Panormitan. num. 3. & 4. Iason. in l. filia, cuius 18. num. 5. vers. Expeditis glossis, C. famil. ercifcun. Ludouicus Gomez in §. item si quis postulante, num. 3. Inst. de action. Neutzanis in silua nuptiali, lib. 5. num. 32. Hieronym. de Laurent. decis. Auenionens. 145. num. 21. Viuius dec. 190. num. 4. & 5. Caualc. dec. 15. num. 2. & 3. & dec. 44. num. 37. 1. p. & de vsufruct. mulieri relicto, c. 2. num. 2. Surd. dec. 126. num. 12. & cons. 275. num. 13. lib. 2. & cons. 346. numer. 9. lib. 3. Bellonus dec. 20. num. 5. Milanensis dec. 8. num. 237. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 71. numer. 47. & cons. 257. num. 81. lib. 3. Decianus respons. 28. num. 8. libr. 1. Thusc. lit. O. conclus. 150. num. 17. & 23. & conclus. 153. nu. 25. & concl. 154. num. 5. Ceuallos in speculo pract. in præfat. num. 83. Mausonius de causis execut. lib. 1. q. 7. ampliat. 40. num. 5.* amicus noster *Blasius Robles Salcedo de repræsent. lib. 3. c. 7. num. 49.* Quod planè confirmat *tex. in l. si pater, familias 40. & l. & hoc Tiberius 41.* & quæ ad eum locum notant *Doctores ff. de hæred. inst.*

9 Ex prædictis infertur, quoties fit iudicialis venditio sub hasta pignoris capti in causam iudicati ad instantiã primi, & anterioris creditoris, regulariter excludi posteriores a iure offerendi iuxta regulam *d. l. 1. C. si antiquior, cred. pign. vend.* ex qua creditor, qui iure creditoris vendit, tradit rem liberam emptori à iure offerendi posterioris creditorum.

10 Hanc regulam amplia iuxta *Negusantium de pignorib. 5. p. memb. 3. 1. p. ex n. 1. ad 3.*

11 Limita tamen eandem post ipsum *Negus. ib. ex num. 4. & Morotium de iure offerendi, ex n. 17.*

SVMMA DISPVTATIONIS. *Vigesimasecunda.*

1 *Hæc difficultas originem ducit ex præcedenti.*

2 *Per venditionem pignoris sub hasta remanere rem liberam ab omni hypotheca, qui senserint.*

3 *Hypotheca soluitur facta venditione sub hasta rei hypothecatæ præsentibus creditoribus.*

4 *Per venditionem sub hasta non soluitur hypotheca rei venditæ, nisi ex pretio satisfiat creditori hypothecario.*

Hypotheca eius est naturæ, vt non dissoluatur, nisi soluto plenè debito creditori, ib.

5 *Statuenda est regula iuxtà secundam sententiam, videlicet hypothecam non resolui per venditionem sub hasta rei hypothecatæ.*

6 *Hæc regula amplianda est ad omnes casus, in quibus post vẽditionem competit posterioribus creditoribus ius offerendi.*

Vbi non est hypotheca non est ius offerendi: & vbi est ius offerendi est hypotheca, ib.

7 *Casus præcedentis ampliationis enumerantur à* Negusantio & Morotio.

8 *Limitanda tamen est, si venditio fiat præsentibus, & instantibus creditoribus, nam tunc hypotheca soluitur.*

Hypotheca soluitur, si creditor rei hypothecatæ venditioni consentiat, & ampliatur vndecim modis, limitatur autem

tem duodecim, remissiuè, ibid.

Soluta hypotheca de consensu creditoris, tametsi redeat eadē res ad debitoris dominium, hypothecam non contrahit, ib.

9 *Cùm ad instantiam creditorum res venditur, censetur vendi à creditoribus iure creditoris.*

10 *Duodecim fallentiæ prædictæ limitationis, remissiuè.*

11 *Per adiudicationem bonorum iudicialem an hypotheca soluatur.*

12 *Cùm creditor nouus venit ad iudicium post factam venditionem pignorum, non debet molestare emptorem bonorum, sed habet recursum ad pretium.*

Pecunia soluta cum cautione de restituendo, censetur extare, ibid.

Non debet reuocari quod de nouo faciendum est, ib.

Res iure vendita non auocatur à possessore, quantumuis sit reuocata causa, ex qua facta fuit venditio, ib.

Creditor non legitimè citatus ad venditionem pignoris poterit agere hypothecaria contra emptorem, si pretium venditionis non extet, aut difficulter possit recuperari, ib.

DISPVTATIO XXII.

Vtrum pignoribus ex causa iudicati venditis sub hasta extinguatur quæuis hypotheca illis anteà imposita.

1 HAec difficultas, quæ à paucis ex antiquioribus tractata est, apud quosdam ex recentioribus inuenitur disputata, & videtur originem ducere ex præcedenti.

2 Prima sententia est, per iudicialem venditionem pignoris sub hasta solui hypothecam omnium creditorum, & rem remanere omninò liberam emptori: creditoribus autem posteà venientibus, aut ex pretio non satisfactis non dari recursum, vt possint agere contra emptorem possidentem prædictam rem sub hasta venditam. Ita sentit primus omnium, quem viderim expressius *Cevallos in speculo practicarum, quæst. 820. ex numero 49. Fontan. de pactis nuptialib. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 7. ex numero 48. Tepatus in compendio variar. titul. 417. cap. 19. versicul. Emens præcedentibus, Anton. Faber lib. 7. Codicis, titul. 32. diffinit. 4. numero 1. 2. 3. et 7.* vbi ait, emptorem sub hasta iudiciali inquietari non posse à creditoribus, qui elegerunt viam venditionis, etiam si satisfacti non fuerint, & *eodem tit. diffinit. 14.* ait, creditores, quibus vocatis facta fuerit vēditio sub hasta, non posse inquietare emptorem bonorum, aut postulare, vt iterum vendatur, & *lib. 8. Codicis, titul. 17. diffinit. 29.* dicit, securum remanere emptorem, qui emerit in publica subhastatione, ex eo solo quòd pretium soluerit, vel deposuerit pœnes eum, pœnes quem deponi, aut cui solui iussit Iudex, etiam si contingat posteà, quòd pecunia sit deperdita, nec ex ea creditores dimissi. In eadem sententia est *Hieron. de Leon decis. 67. tom. 2. Barbatus super pragmatic. de assistentia, gloss. 12. numero 66.* Pro eadem refertur *Gregor. Lopez in l. 14. tit. 13. part. 5. gloss. vltima.* Qui tamen non iure refertur pro ea, solum enim dicit, vendita re pignorata, vt satisfiat creditoribus si re vera pretium illis soluatur, liberari pignus, iuxta sententiam *Salicet. in Auth. hoc si debitor, num. 2. in fin. C. de pignorib.* quæ sententia proculdubio vera est.

3 Fundamentum huius sententiæ est *textus in leg. si eo tempore 7. & in l. si hypothecas 8. C. de remiss. pign.* quibus dicitur solui hypothecam facta venditione sub hasta rei hypothecatæ præsentibus creditoribus, illi enim videntur obligationem pignoris remisisse, neque enim fides hastæ facilè conuelli debet, *d. l. si hypothecas, l. 1. & 2. C. ne Fiscus rem, quam vendidit euincat, lib. 10.*

4 Secunda sententia ait, hypothecam non solui per venditionem sub hasta, nisi ex pretio fuerit creditori hypothecario satisfactum. Ita sentiunt *Salicet. in Authent. hoc si debitor, num. 2. in fin. C. de pignor. & in leg. 1. numer. 2. Codic. si antiquior. credit. pignor. vend. Gregor. Lopez vbi suprà Seraphin. dec. 1233. Sebast. Monticul. de inuentario, tractat. variarum, quæst. 234. num. 100.* Ratio est, quia hypotheca eius est naturæ, vt non dissoluatur, nisi soluto plenè debito creditori, vt probat *text. in l. si rem alienam 9. §. omnis, ff. de pignorat. act. & in leg. grege 13. §. etiam, ff. de pignor. in lege hæredes 25. §. in illa quoque, in fin. ff. famil. ercisc. und. leg. in executione 85. §. item si ita stipulatio, ff. de verborum obligat. gloss. in l. cum quis 38. §. qui pro te, verb. Obligationi, vbi etiam Bartol. ff. de solution. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 1. num. 50. & 51. Franch. decis. 51. num. 11. in fin. & decision. 119. numer. 23. Gaspar Rodericus de annuis reditib. lib. 2. quæst. 16. num. 34.* Ergo hypotheca per venditionem sub hasta non soluitur, nisi ex pretio creditoribus satisfiat. Item credi non potest, si iste esset modus dissoluendi hypothecam, vt res hypothecatam venderetur sub hasta omissum fuisse à Iurisconsultis, & Doctoribus antiquis, cùm iste casus tam frequenter occurrat, at re vera neque Iurisconsulti, neque Doctores antiqui similis dissolutionis meminerunt.

5 Pro resolutione huius disputationis, & harum sententiarum concordia statuenda est regula iuxta secundam sententiam, videlicet hypothecam semel contractam regulariter ex venditione facta sub hasta non dissolui, nisi ex pretio creditori satisfiat.

6 Quæ regula amplianda est in omnibus illis casibus, in quibus facta venditione sub hasta, vel qualibet alia, secundo creditori competit ius offerendi possessoris pignoris vendiri. Nam illis, planum est remanere hypothecam posterioris creditoris post prædictam venditionem. Ratio est, quia ius offerendi est effectus ex hypotheca resultans necessariò, & eius naturæ, vt ab ea pendeat in esse, fieri, & conseruari, tanquam lux à Sole. Quare non datur, vbi non est hypotheca, *Salicetus in leg. cum tibi 10. per textum ibi, Cod. qui potiores in pign. habean. Baldus consil. 84. præmittendum est, numer. 5. versicul. Nam istud ius, vol. 3.* vbi ait, *istud ius offerendi propter ius hypothecæ nascitur & ei deseruit, & ideò eodem tempore durat, & viuit, & ista est veritas, Crauetta consil. 298. numero 4. & 8. & consil. 840. num. 1. Thesaurus decis. 157. numer. 5. Rodriguez de annuis redditib. lib. 2. quæst. 17. numero 6. & 7. Morotius de iure offerendi, num. 12. 14. & 15.* & vbi reperitur, oritur ex hypotheca existente, quia similes effectus ponuntur posita causa, & tolluntur ablata causa, & sumitur argumētum ab affirmatione vnius ad affirmationem alterius, & à negatione vnius ad negationem alterius.

7 Hos autem omnes casus enumerat *Negusantius de pignorat. 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 5.* & refert septem, duos alios addit *Morotius de iure offerendi, ex numero 17.* quos iterum commemoraui *præcedenti disputatione, numero 11.*

8 Limita tamen prædictam Regulam iuxta priorem sententiā, si venditio fiat præsentibus, & petentibus creditoribus primis. Ratio est primò, quia hypotheca soluitur, si creditor rei hypothecatæ venditioni, consentiat, & venditio effectum habeat, *l. si debitor 4. §. si in venditione,* leg.

leg. si consensit 7. in principio. l. sicut 8. §. si volunt. ac, l. Paulus 12. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu leg. creditor 119. alias in Florentinis 158. de regul. iur. leg. 1. & 2. lege cùm te 4. leg. si eo tempore 6. leg. si hypothecas 8. Cod. de remiss. pignor. Docent *Doctores dictis locis*, tractat *Mantica de tacit. & ambig. conuent. libr. 11. titul. 31. ex num. 37. & Negusantius de pignor. 6. part. membr.* 3. qui hanc propositionem statuit pro regula, quàm ampliat vndeciut modis, & limitat duodecim modis, qui est omnino videndus, nè transcribamus quæ ille ibi optimè dixit. Sequuti sunt *Duenas liter. C. regul. 170. Surdus consil. 513. numer. 7 & 8. lib. 4. Thesaurus libr. 2. quæst. forens. quæst. 88. numer. 7. Mascardus de probationibus, conclus. 1179. pignus à debitore, ex numer. 7.* Imò & ratihabitio creditoris idem operatur, *d. §. si in venditione in fin. Mantica vbi supra numero 47.* Et tam efficaciter operatur iste consensus alienationis dissolutionem hypothecæ, vt tametsi res hypothecæ subiecta consensu creditoris pignoris nexu liberata redeat in dominium eiusdem debitoris adstricti obligatione generali bonorum futurorum, nihilominus amplius non incurrat obligationem hypothecæ, *l. vltim. Cod. de remiss. pignor. Negusant. de pignor. d. 6. par. memb. 3. numer. 21. Surdus decis. 163. ex numer. 1. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 1. cap. 10. numer. 1. circa finem, Mascard. vbi supr. numer. 12. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 38. ex numer. 15.* At cùm creditores sunt præsentes, & citati ad venditionem pignoris, non solum non contradicunt, sed potius petunt eius venditionem iudicialem, planè venditioni consentiunt, & censentur ius pignoris remittere, *d. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor. Negusantius vbi supr. num. 25. vers. Quintò restringitur.*

9 Secundò, quia cum ad instantiam priorum creditorum res venditur, censetur vendi ab ipsis creditoribus iure creditoris, vt dictum est *disputatione præcedenti*. Ergo extinguitur hypotheca: quia cum venditio fit ab antiquiore creditore, hypotheca posteriorum extinguitur, vt dicebamus *ibidem*, & probat *textus in leg. 1. Codic. si antiquior cred. pignor. vendi.*

10 Hæc tamen principalis limitatio patitur duodecim fallentias, seu sublimitationes, quas refert *Negusantius de pignor. dict. 6. part. membr. 3. ex numero 23.* omnino videndus:

11 An autem hypotheca resoluatur per adiudicationem bonorum iudicialem creditori factam, vide *Surdum decis. 266. & Mastrillum decis. 120.* qui tuentur sententiam affirmatiuam, quòd extinguatur hypotheca respectu illius creditoris, cui res adiudicatur, non verò respectu secundi creditoris. Cui eidem sententiæ assentitur *Felicianus de censibus, tomo 2. libr. 3. capit. 2. ex numero 14. & capitul. 5. numer. 16. & Gabriel Mudeus tractatu de pignoribus, titul. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur, numer. 63.* & vide *Negusantius vbi sup. d. 5. par. membr. 3. 1. par. num. 7. cum sequentibus.*

12 Illud tamen oportet animaduertere, quoties prior creditor venit à iudicium post factam executionem in bonis debitoris ad instantiam creditoris posterioris, & venditionem factam sub hasta ritè, & rectè, & nulla interueniente collusione æquum esse, ne molestet emptorem bonorum sui debitoris, ne fides hastæ publicæ facilè conuellatur, *dict. l. si hypothecas 8. C. de remiss. pig. vbi Gloss. verb. Fides*, sed potius habeat recursum ad pretium, si extet, & nondum fuerit consumptum in satisfaciendis creditorib. Quòd si posteriores creditores sint ex eo satisfacti cū cautione de restituẽdo anteriorib. forsan emergẽtibus, quod fieri debet, *l. procuratoris 5. §. tributio, leg. illud 7. in principio, ff. de tributor. actor. l. cùm idem 60. ff. de petit. hæred. leg. 1. primo responso. ff. si cui plusquam per leg. Falcid. leg. ex facto 53. §. si dos, ff. de peculio, Angelus in d. §. tributio in principio, Paulus in dict. l. ex facto numero 1. & in dict. leg. procuratoris, §. si plures, num. 6. & 7. & consil. 285. visis, & ponderatis, numer. 1. volumin. 1. Stracca de decoctoribus, 7. part. princip. 3. part. numero 34. cum sequentibus, Franchis decis. 75. numero 9. Surdus decis. 276. Petra ad Capicium decis. 78. numer. 2. additione 1. Heringius de fideiussoribus, capit. 20. §. 37. num. 28. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 7. num. 33.* Cùm virtute huius cautionis pecunia creditoribus soluta censeatur extare, vt obseruāt multi ex prædictis, & alij vltra eos in specie *Franch. d. decis. 75. nu. 9. decis. 200. nu. 4. decis. 614. nu. 3. Anna singulari 537. Leo dec. 50. nu. 10. & 11. et decis. 70. nu. 9. Monter. decis. 4. nu. 28. Gayl. obseru. pract. lib. 2. obseru. 47. num. 3.* amicus noster *Aloysius Riccius collectan. 1844. Fontanel. vbi supr. ex nu. 4. Heringius de fideiussor. cap. 15. n. 127. Auendan. de ecusib. cap. 109. num. 7. in fin. Trentacinq. var. resolut. lib. 1. tit. de iure fisci, resol. 7. num. 10.* & probat *text. in l. 2. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consumun.* creditor prior postcà veniens ad iudicium habebit ius contra posteriores creditores, & eorum fideiussores ad auocandam pecuniam, & interim non debet prætendere nouam pignoris venditionem, euitetur circuitus, neque molestare emptorem. Non enim debet reuocari quod de nouo faciendum est, vt prosequitur nonnullis adductis exemplis *Perez de Lara anniuers. lib. 1. cap. 10. ex numero 69.* Præsertim cùm regulare sit, rem iure venditā nō auocari à possessore, 1
quamtumuis sit reuocata causa, ex qua facta fuit venditio, vt docuit *gloss. in l. Fulcinius 7. §. cùm hoc edictum, verb. Oportet. frauationis, versic. Quid ergo, ff. ex quib. caus. in possess. eatur, & Alberic. in dict. l. Fulcinius, §. Prætor. ait, num. 3. vers. Aut erat tutus quadam exceptione, Speculator libr. 2. titul. de secundo decreto, §. nunc, numero 21. in fin. Baldus in Authent. & qui iurat. numer. 47. in fin. C. de bonis authorit. iudic. possiden. Franchis decis. 120. num. 8. & decis. 660. Anton. Faber lib. 8. Codicis tit. 17. diffinit. 23. numer. 5.* & probat elegans *text. in leg. si ex causa 10. in princip. ff. de minorib. et in l. si fundum 94. ff. de legat. 1.* Si verò creditores posteriores, & eorum fideiussores soluendo non sint, aut sint difficilis exactionis, habebit creditor prior in subsidium actionem contra emptorem, contra quem poterit agere hypothecaria, vt suum creditum recuperet, quia eius hypotheca nondum fuit extincta, neque illi præiudicatum, cùm non fuerit legitimè citatus, vt egregie obseruat *Seraphinus decis. 1233. cùm D. Marius, et Faber lib. 7. Codicis, titul. 32. diffinition. 14. post numerum 4. et lib. 8. tit. 17. diffinitione 27. ex num. 1.*

SVMMA DISPVTATIONIS
Vigesimatertia.

1 *Disputationis vtilitas, & effectus proponitur.*
2 *Casus, in quo difficultas versatur.*
3 *Quid sit probandum, & ostendendum.*
4 *Emptor, qui emit feudum à fisco non potest molestari.*
5 *Venditione facta sub hasta, & extante pretio non datur creditori recursus ad rem venditam, sed ad pretium.*
Fiscus semper intelligitur esse soluendo, ib.
6 *Fiscus ex deuolutione feudi est successor singularis, & aduersus eum non datur actio personalis.*
Obligatio personalis in successorem singularem non transit, sed solum posset realis, ib.
7 *Hypotheca in hoc casu in feudo deuoluto non potest consistere.*

8 Hy-

8 *In feudis quemadmodum est probibita venditio, prohibetur quoque pignoris obligatio.*

9 *Vt valeat hypotheca in feudo necessarius est assensus directi dominij.*

Si in impetratione assensus non sit vera narratio, effectu carebit impetratio, ib.

10 *Argumentum cornutum, quod habet locum in hoc casu.*

11 *Hypotheca in isto casu non fuit pura, sed conditionalis, sub cōditione euictionis, & ita obligatio retrotrahi deberet.*

12 *Conditio retrotrahi non potest in hoc casu.*

Retrotractio est fictio translatiua, quæ requirit extrema vtroque tempore habilia, ib.

13 *Feudum hoc in termino, à quo idest, tempore quo fuerit secuta euictio, est inhabile ad contrahendam hypothecam.*

14 *Tunc est inhabile extremum, à quo, cùm actus eo tempore non potest geri.*

Cùm feudum est deuolutum ad Regiam Curiam non potest imponi illi hypotheca à quondam vtili domino, ib.

Res feudalis quamuis maneat materialiter apud dominium directum, tamen feudum est formaliter extinctum, & sub noua inuestitura erit nouum feudum, ib.

Ad indiuiduationem, & vnitatem feudi magis attenditur vnitas inuestituræ, quam rei feudalis.

15 *Res est inhabilis ad contrahendam hypothecam, si in termino, à quo, reperitur extra dominium eam imponentis.*

Actus non potest retrotrahi in præiudicium eius, cui mutato rei statu interim ius est quæsitum, ib.

16 *Conditio non trahitur retrò in præiudicium illius, cui medio tempore, & ante conditionis euentum quæsitum est plenum ius.*

17 *Filius legitimus natu minor ex primo matrimonio præfertur in successiore maioratus filio maiori legitimato ex secundo matrimonio.*

18 *Assensus Regius impetratus tempore, quo inuenitur facta reuocatio actus, non potest retrotrahi in præiudicium reuocationis factæ.*

Obligato feudo sub conditione assensus, si ante impetratum assensum feudum alienetur, non potest assensus postea impetratus operari in præiudicium tertij, in quem feudum est alienatum, ib.

Si venditor feudi maioratur ante impetratum assensum, & post assensus impetretur, non retrotrahitur assensus in præiudicium successoris, ib.

Stante statuto, quòd contractus vxoris non valeat sine consensu mariti, non potest maritus consentire mortua vxore, ibid.

19 *Si conditio euictionis impleatur tempore, quod feudum est deuolutum, non poterit retrotrahi hypotheca ad initium contractus ob inhabilitatem extremi, à quo.*

20 Textus in l. 1. & in l. qui balneum 9. & in l. potior 12. §. videamus, ff. qui potiores, *videntur aduersari prædictis doctrinis.*

21 *Quid* Afflictis, & Freccia *respondeant.*

22 *Impugnatur eorum responsio.*

23 *Venditio feudi sub conditione assensus, non est prohibita, imò valida.*

Pendente conditione contractus non ita valet, vt à principio nascatur obligatio, sed ita, ne possit vnus ex contrahentibus resilire à contractu; sed vterque teneatur expectare conditionis euentum, ib.

24 *Assensus retrotrahitur cùm contractus de feudo sit reseruato assensu.*

25 *Interpretatio prima* textuum in dict. l. 1. l. qui balneum, & in d. l. potior, §. videamus, ff. qui potiores, *iuxta sententiam* Petri Barbosæ.

26 *Interpretatio secunda eorundem iuxta sententiam* Pistoris.

Non potest contrahens sub conditione præiudicare suo creditori, & à contractu recedere, ib.

27 *Feudum deuolutum extinguitur, & mutatio feudi contingens ob deuolutionem non prouenit ex voluntate debitoris, & num. 28.*

29 *Resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis.*

Hæc regula habet locum in feudis, ib.

30 *Contractus aut resoluitur ex causa necessaria, & resoluuntur hypothecæ, aut ex causa voluntaria, & hypotheca permanent.*

31 *Sententia eorum, qui credunt, prædictam regulam limitandam esse in feudis obligatis cum assensu.*

32 *Qui nam credantur adhærere prædictæ sententiæ.*

33 *Fundamentum eius præcipuum.*

34 *Rejeitur, & agitur de diuersitate iuris feudorum quoad eorum alienationem diuersis temporibus.*

Declarantur textus in cap. 1. §. rursus quibus mod. feud. amitt. & in cap. 1. §. quid ergo, de inuest. de re alien. fact. *ib.*

35 *Ostenditur, manifestè errare eos, qui credunt, iure hodierno feudorum limitandam esse regulam, quod resoluto iure dantis resoluatur ius accipientis.*

36 *Attento iure feudali nouo an resoluto iure dantis resoluatur ius accipientis, quæstio est in facto, non in iure consistens, voluntatis, non potestatis.*

37 *Proponitur duplex difficultas in hac re.*

38 *Sententia eorum, qui credunt, assensum simpliciter præstitum comprehendere casum deuolutionis.*

39 *Contraria sententia approbatur, & probatur multis argumentis.*

40 *Assensus est stricti iuris, priuilegium, & gratia, & non extendendus de casu ad casum.*

41 *Verba priuilegij Principis sunt interpretanda, vt lædant ius commune quanto minus possint.*

42 *Qui debet consentire propter duos diuersos effectus, consentiendo in vno, non consentit in alio: et qui habet plura iura, renunciando vni, alteri renunciare non videtur.*

43 *Remissio proprij iuris nunquam præsumitur.*

In renunciatione non veniunt nisi quæ exprimuntur, ib.

44 *Creditor simpliciter assentiens venditioni hypothecæ, sibi non præiudicat.*

45 *Assensus operatur, vt valeat contractus quantum posset valere, si posset fieri sine assensu.*

46 *Assentiens simpliciter alienationi rei per fideicommissum sibi relictæ, non præiudicat sibi in successione fideicommissi.*

47 *In generali locutione non comprehenditur persona loquentis.*

48 *In assensu subintelligitur clausula* Rebus in eodem statu manentibus.

49 *Differt assensus Regis ab assensu proregis.*

50 *Respondetur argumentis contrariæ sententiæ, & redditur ratio diuersitatis inter hypothecam contractam cum assensu, attento veteri iure feudorum, & contractā cum assensu de iure nouo, & n. 52. & 53.*

51 *Explicatur doctrina* Bartoli in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcend.

54 *Assensus de iure veteri feudorum requirebatur propter vnū dumtaxat effectum de iure vero nouo requiritur propter duos diuersos.*

55 *Ostenditur diuersitas inter casum venditionis feudi, & hypothecæ feudi.*

56 *Hypothecam contractam cum assensu durare in feudo deuoluto, quorundam sententia.*

57 *Cùm in assensu hypotheca feudali praestito apponitur clausula, Saluis Regis iuribus, est communis sententia, feudo deuoluto resolui ius hypothecae, & qui cam teneant.*

58 *Clausulae appositae in assensibus non ob alium finem, aut effectum apponuntur, nisi ad tuendum iura domini directi.*

59 *Cùm creditor permittit vendi pignus à debitore, saluis suis iuribus, sibi non nocet.*

60 *Dominus permittens hypothecari feudum, saluis suis iuribus & volens ad se liberum redire in casu deuolutionis, sibi non contradicit.*

61 *Reprehenditur* Fachineus, *& ostenditur iuxta eius sententiam, clausulam,* Saluis iuribus, *nullum habere effectum.*

62 *Clausula,* Saluis iuribus, *non operatur super eo, super quo principaliter fuit dispositum.*

63 *Praedicta clausula in non expressis contractum limitat.*

64 *Dominus assentiens sub clausula,* Saluis iuribus, *sibi cautum vult in casu deuolutionis, quidquid contra velit qui pignus accipit.*

65 *Hypotheca tunc durat in re perpetuò, cùm res pertinet ad obligantem pleno iure, non cùm pertinet iure resolubili.*

66 *Dominus facilè, & gratis concedit vassallo assensum ad obligandum feudum, & iniuria esset, illum denegare sine iusta causa.*

67 *In Regno expressè cautum est, vt hypotheca etiam dotalis non praeiudicet Fisco in casu deuolutionis.*

68 *Magnus fraudibus aditus pateret, si in casu deuolutionis hypotheca contracta cum assensu duraret.*

69 *Clausula,* Dummodò habeat successores, *ex mente prag.* 4. *de feudis, requiritur dumtaxat in assensu praestito ad translationem dominij: non in praestito ad constitutionem hypothecae.*

70 *Interest publicè, nè feudatarij inueniant qui velint sibi obligari feuda.*

71 *Ex praedictis colligitur resolutio propositae disputationis.*

DISPVTATIO XXIII.

Vtrùm hypotheca contracta in bonis feudalibus extinguatur per deuolutionem feudi ad dominum directum?

1 Maxima est huius disputationis vtilitas, & effectus. Etenim si hypotheca rei feudalis post deuolutionem feudi ad dominum directum durat, & remanet, creditores mortui feudatarij recursum habebunt contra dominum directum, seu Fiscum ad exigenda, & recuperanda sua credita ex pretio feudi deuoluti. Quòd si per deuolutionem feudi ad dominum directum hypotheca rebus feudalibus imposita, eo tempore, quo à feudatario possidebatur, extinguitur, & perimitur, & feudalis res ad dominum directum deuoluta remanet libera ab onere hypothecae, creditores feudatarij nullum habebunt recursum contra dominum directum, neque poterunt ab eo aliquid exigere, neque petere: sed recurrere debebunt ad haeredes feudatarij, & alia bona, si quae habet allodialia. Cùmque huius difficultatis examen tanti ponderis, ac momenti sit, vt ex resolutione eius in fauorem Fisci, vt re vera videtur resoluenda possit ferè Regium patrimonium omnibus ab oneribus liberari, & exonerari vassalli nescio, qua cōniuentia, aut negligentia, ne dicam socordia ab Aduocatis Fisci, alioqui doctissimis hucusque omissa est: & vt ego existimo, inde factum, vt in hoc Regno nulla ferè fuerit feudorum deuolutio vtilis Regio Fisco, qui indebitè soluit pluries decies centena millia ducatorum creditoribus feudatariorum, cū tamē nihil deberet. Cōmissa vero mihi, ob impedimētum Aduocati Fisci, quadam causa, in qua interuenturus erā eius loco pro Fisco. Anno 1629. ego primus omnium his temporibus excitaui hanc difficultatem, quae sine vllo scrupulo praetermittebatur, quasi res esset plana, examinaui exactè articulum, & acuratè discussi. Et neque sic potui expergefacere Superiores, vt animaduerterent, rem tanti ponderis, ac momenti. Donec tandem postremò coeperunt ij, ad quos ea res pertinet, postquā viderunt scripta mea oculatius hanc difficultatē respicere, & attendere. Et quoniam ea, quae circa hunc articulum scripsi, dicto anno à viris doctissimis approbara sunt, visaq; sunt illis pōderatione digna, subijciam illa, quibus nihil habeo, quod addam, & videntur satis esse ad hanc difficultatem enucleandam.

Tandem post hęc scripta, & eorum occasione aduenit ordo suae Maestatis Regis Philippi IV. domini nostri per rescriptum expeditum 16. die Septembris anni 1640. remissum Regiae Camerae die 21. Ianuarij 1641. quo praecipitur, vt super hoc articulo habita debita consideratione consulatur, quid deinceps fieri debeat: & an expediat, in assensu clarius exprimi casum deuolutionis, hypothecam in eo ita esse intelligendam, vt nullum fiat Fisco praeiudicium, ne feudum deuolutum ad Regiam Curiam remaneat liberum ab omni onere, & omnes rationes relationis praedicti rescripti videntur extractae ex hoc scripto, quod datum fuit Ministris Superioribus, & eius planè in supremo Italiae Consilio fuit habita notitia, quod rescriptum ad finem huius disputationis inferemus.

ALLEGATIO PRO REGIO Fisco, in causam cum C.

2 Casus est A. possidens feudum vocatum *Casa maxima*, vendidit Massariam C. & pro illius euictione obligauit omnia bona, etiam feudalia cum assensu. Postea feudum ob lineam finitam A. deuolutum est ad Regiam Curiam, seu Fiscum, qui illud vendidit Comiti M. Tandem imminet euictio Massariae venditae, ratione donationis factae ante dictam venditionem, C. mouet iudicium assistentię, & actionem hypothecariam contra Comitem M. possessorem praedicti feudi, quod fuerat sub dominio vtili quōdā A. obligati sibi pro euictione praedictae Massariae cum sensu. Quaeritur quid iuris?

3 Ostendam, C. nullum habere recursum, etiam si Massaria euincatur, contra nouum possessorem feudi, qui illud emit à Regia Curia; Neque contra ipsum Fiscum ad recuperandum pretium Massariae euictae, vel cuius imminet euictio.

4 Quod attinet ad Comitem M. emptorem feudi, res est expedita, non posse ipsum molestari, aut inquietari, cū emerit à Fisco, & emptor Fisci statim maneat securus ab omnibus creditoribus, & tutus ab omni vniuersali actione aduersus bona à Fisco alienata, *ex textu* expresso *in* §. *edicto, Institut. de vsucapio. & in l.* 2. *in princip. & in l. benè à Zenone, Cod. de quadrien. praescript. & ibi Doctores, & in lege quaecumque* 5. *leg. si qui* 6. *C. de fide instrument. & iur. hast.*

hast.fiscal.lib.10.l.1.Cod.de fundis rei priuatæ,lib.11.leg.53. tit.5.par.5.notant Duenas reg.238.Anton.Gabr.lib.5.commun.tit.de acquirend.possess.conclus.2. Syntagmat. commun. lib.3 titul.11.numer.72.& lib.4.titul.26.numer.67.Costa in l.Gallus, §.& quid si tantum,2.par.num.68.ff.de liber.& posthum.Peregrin.de iure fisci,lib.6.tit.4.ex num.15.Fabius de Anna consil.112.ex num.24.lib.2.Petr, Gregor.de concessione feudi,part.8.quæst.15 numer.3. Et non solum aduersus emptorem Fisci denegatur actio prædictis legibus, verum & actori denegatur audientia, & Iudicibus sublata est iurisdictio cognoscendi,vt rectè expendit *Afflict.decis.361.num.18.& Peregrinus vbi sup.nu.16.* Solum creditori datur intra quadriennium recursus contra Fiscum ad recuperandum debitum.

5 Quod in nostro casu maximè locum habet, cùm feudum hoc venditum sit sub hasta iussu Proregis supremi Iudicis præcipientis, vt ex pretio satisfieret creditoribus quondam A.scilicet quatenus de iure satisfieri deberet. Venditione autem facta sub hasta, & extante pretio, non datur recursus creditori ad rem venditam, sed ad pretium, iuxta notata *disputatione præcedenti numero* 11. Pretium autem extat apud Fiscum, qui vendidit hoc feudum, quia non est consumptum io satisfaciendis alijs creditoribus, & Fiscus semper intelligitur esse soluendo, *leg.1.§.si ad Fiscum,ff.vt legat.nom.caue. leg. nisi, §. item, ff.si cui plusquam per leg.Falcid, leg. 2. in fin. ff. de fundo dotal.Paulus Castrens.in l.si in te,vltima Codic.de priuileg.Fisci,Alexand.in leg.decem stipulatus 116. numero 15 ff.de verbor.obligat.Peregrin.de iur.Fisc.lib.1.tit.1.num. 34.& 35.& lib.6.titul.2.numer.4.Gironda de Gabel.4.par. in princip. numer.14.Ioann. Garcia de nobilitat. gloss.3. in princip.numer.15.& 16.Alfaro de offic.Fiscal.gl.16.numero 126. & sequentibus, Surdus decis. 183.ex numero 7.* Non secus,ac censetur extare pecunia etiam soluta creditoribus cum cautione de restituendo ad omnem ordinem,vt probat *textus in leg. 2.ff.vsufructu car.rer qua vsu consumun.* & notat post alios *Franchis decis. 75. numero 9.& decis.614.numer.3.Petra additione 1. ad Capicium, decis.78.Monter.decis.4.num.27.& 28.Leo decis.50. num. 11.& decis.70.num.9.Gayl.obseruat.practic.lib.2.obseruat, 47.numero 3.Auendan.de censib.cap. 109.numero 7.in fin. Trentacinq.lib.1.variar.tit.de iure Fisci,resol.7.numero 10. Heringius de fideiussor.cap.15.num.127.Fontanella de pact. nuptial.tom.2.clausula 5.gloss.8.par.7.num.35.& 36.*dixi *præcedenti disp.num.12.*

6 In hoc vero casu ex multis iste recursus contra Fiscum locum non habet,& denegari debet. Quoniam iste creditor non potest agere aduersus Fiscum actione personali, qui ex deuolutione feudi est successor singularis. Obligatio autem personalis in successorem singularem non transit,*l.vltima,§.vltimo,ff.de contrahend. empt. l. adhuc 31.§.si operas,in fin ff.de vsufruct.& quemadmod.l.1.§. si heres, ff.ad Trebell.l.æris alieni,C.de donat.Peregrin.de fideicommiss.artic.2.numer.47.& artic.53.num.13.*Et in specie obligationem personalis debiti non transire in Fiscum successorem feudatarij ex deuolutione, senserunt *Isernia in Constitut.Si quis post litem, & in Constitut.Constitutionem diuæ memoriæ,in fin. Afflict. in dict.Constitut. Si quis post litem,num.17.Capicius in inuestitura feudali, sub titul. feudorum executiones,circa fin.§.dominus mortuo vassallo, pagin. 197. Aluarotus in capit. 1.§.quid ergo, de inuestitur. de re alien.facta,numer.3.Iacobin.de Sancto Georgio in tract. feudor.verb.Qui quidem inuestiti,numer.64. Freccia de subfeud.lib.2.§.vigesimanona authoritas est,num. 7. Ponte consil.82.ex numero 16 vol.1.*ea ratione,quia non est hæres,

neque vniuersalis successor,sed particularis.Solum potest creditor agere aduersus Fiscum actione reali, si feudum esset subiectum obligationi reali, videlicet hypothecæ,sine illa enim C.neque aduersus Fiscum rei feudalis successorem agere posset,neque iudicium speciale assistentiæ mouere vt ex facto mouit,quod vbi non est hypotheca,non subsistit,iuxta *prag.1.de assistentia,ibi:Continentis obligationem bonorum,*& notata ab *Afflict.dec.383. ex n.1.Rou.ad d.pragm.1.ex nu.17.Anibale Troysio ex n.13. & Horatio Barbato ib.glos.5.per totam.*

7 In casu vero de quo agimus,hypotheca super isto feudo deuoluto consistere non potest,ob multas,multumq; vrgentes rationes.

8 Primò, quoniam certissimum est, non solum esse prohibita in feudis venditionem, sed etiam pignoris obligationem,quæ species est alienationis, *l. vltima,C.de rebus alien.non alienand.l.si maritus tuus 12.Codic.de donat. inter vir.& vx.*quare prohibetur in feudis in specia pignoris obligatio *in cap.Imperialem,de prohib.feud.alienat.per Federicum,* & in Regno *in Constitut.Hac edictali lege, & in Constit, Constitutionem diuæ memoriæ,* vbi notat *Afflictis numero 12.& 81.Isernia in cap.1.numer.1.& 2.de alienat. feudi,Iacob.de Ardizon.in summ.feudor.cap. 16. Camerarius in d.cap.Imperialem fol.10.ex litera O.& fol. 15.ex litera E.& fol. 49. litera E.& litera F. Freccia de subfeudis. lib.2.quæst.9.fol.mihi 190.Ponte de potestat.Proreg.titul.8. §.6.ex num.1.& cons.36.num.41.lib.1.Mastrill.de magistratib.lib.1.cap.13.numer.21.Iulius Clarus lib. 4.sententiar.§. feudum,quæst.35 Duenas regula 40. ampliat. 3.Ioannes Lupus in repet.cap.per vestras, §.38. numer. 2.de donat. inter, Ioannes Antonius Trigona singulari 50.*vbi etiam notabiliter limitat *Solorzanus de Iure Indiar.tom.2.libr.2. cap. 14. ex num.15.*

9 Igitur vt possit valere pignus,seu hypotheca in feudo, necessarius est assensus directi domini, vt in *d.Cōst. Constitutionem diuæ memoriæ.* Qui assensus est dispensatio,priuilegium, & gratia, vt post *Iserniam*, tradit *Camerarius in repetit.cap.Imperialem, fol.44.liter.I.Afflict. decis.398. numer.5.& 6.Scipio Theodorus allegat.52.numer.7.* Atque ideò si in eius obtentione,seu impetratione non fiat vera narratio, erit cōsensus subreptitius, iuxta notata *in c. dilecta 22. de rescript.* & ab eodem *Camerario, eodem. fol. 44.liter.C.& E.*effectuque carebit nisi preces veritate nitantur, *cap.ex parte,el 1.eod.tit.de rescript.l.præscriptione 2. l.& si legibus C.si contra ius, vel vtil.publ.l.vniuersa,C.de diuers.rescript.*Præsertim cum in eodem Regia assensu adsit clausula, *Veris existentibus prænarratis, &c.*

10 Succedit hoc loco argumentū efficacissimum, quo velut ancipiti gladio, & ex vtraque parte acuto hæc controuersia decidatur. Nam aut C. probat, vera esse narrata in impetratione assensus Regij interpositi pro obligando feudo prædicto, *Casa massima* de quo nunc controuertitur, quia illa sunt vera: aut illa non sunt vera, & non probantur vera. Primò casu cùm in libello oblatio Proregi facta fuerit relatio,venditionem prædictæ Massariæ factam esse ad comparandas pecunias, quibus satisfaceret. A.creditoribus,quorum debitis vrgebatur: & constito de hac veritate videlicet ex pretio Massariæ, quę tūc temporis erat vendita tribus antè annis satisfactum esse creditoribus A.non potest vinci C.in iudicio assistentiæ, neque aduersarius poterit obtinere contra illum, vt Massariam euincat, vtpotè agens ex titulo lucratiuo donationis contra se tuentem eo titulo, quòd eius pecunia deuenerit ad potiores creditores nempè creditores ex causa onerosa, *ex text.in leg.qui à debitore 19. ff.*

qui potiores l.si potiores, Cod.de ijs qui in prior credit.loc.succed. de quo latiùs tractabimus disputat.30. Secundo verò casu si narrata in libello, quo assensus est petitus, non probantur vera, assensus non valet, vtpotè subreptitius, & sub ea conditione expressa datus, veris existentibus prænarratis, quæ etiam tacitè subintelligeretur, etiam si non esset expressa. Et si assensus efficax non est, nulla est hypotheca contracta super feudo. Neque poterit C. sine hypotheca obtinere assistentiam, vt dictum est suprà num.6.in fine.

11 Secundò, dato, & non concesso, assensum fuisse efficacem ad inducendam hypothecam in feudo, hypotheca tamen non fuit pura ab initio contractus, & assensus, purè contracta, sed sub conditione euictionis prædictæ Massariæ, quàm nunc possidet prædictus C. ac per consequens euictionis nec dummodò sequutæ; vt constat ex instrumento contractus venditionis dictæ Massariæ, in quo obligata sunt omnia bona A. venditoris pro euictione dictę Massariæ, id est si euinceretur, vt rectè considerat Bald.cons.198.ad intelligentiam huius materiæ, num.5.in fin. vol. 1. At in casu, de quo loquimur (si modo sequeretur euictio, & impleretur conditio prædictæ obligationis hypothecariæ: quo casu ipsa obligatio retrotrahi deberet ad tempus cõtractus, iuxta l.1.& l.qui balneũ 9.§.amplius.& l.potior 11.§.videamus, ff.qui potiores, & notata ab Afflictis in Constit. Constitutionem diuæ memoriæ, num.45. Capic.decis.187.nu.16.Harth. Pistor.lib.3.quæst.14.ex nu.15.& plurimis consultò omissis) conditio, sub qua hypotheca contracta est, retrotrahi non potest. Ergo neque hypotheca conditionalis subsistit, ac per consequens corruit assistentiæ iudicium.

12 Quod conditio retrotrahi non possit, ex eo euidenter constat, quoniam retrotractio conditionis, sub qua hypotheca contrahitur, quemadmodum omnes similes, est fictio translatiua, vt expresse docet Bartol. in leg. si is qui pro emptore 15.numero 3.46.& 47. Ioannes Crotus numero 135.ff.de vsucap. Fictio autem translatiua requirit extrema vtroque tempore, scilicet, à quo, & ad quod, habilia: quorum si quod deficit, fictio non procedit, vt docet idem Bartol.in d.l.si is qui pro emptore, num.3.& 52.& 53.Alber.nu.9.Angel. num.10.Cumanus num.7.8.et 9. Imola num.18.Paul.num.4.Iason.ex num. 105.latè Crotus num.54.et 146.cum seqq.Idem Bartol.Angel.Iason Alciat. in l.si filius familias 78.in princ.ff.de verb.oblig. Decius cons. 247.num.3.et 4.Ripa in l.priuilegia, num.42.ff.de priuil.credit.Mantic.de tacit.et ambig.conuent.lib.14.tit. 46.num.20. Milanensis decis.16.num.44.lib.2.Costa de retrotract.cap.7. nu.1.Salgado de protect.Regia, par.2.cap.2.num.32.Gregor. in l.32.tit.13.p.tr.5.gloss.1.Fabius Capic.Galeot.tom. 1.controuers.26.ex numer.14.Petr. Iordanus Vrsinus de successor. feudor.1.par.quæst.4.artic.5.nu.5. Negusant.de pignorib. 5. par.memb.2.numer. 40.qui ait, in extremo à quo, requiri habilitatem in essentia, & actu, quamuis in extremo ad quod, satis sit in potentia, & probat optimus text.in l.quoties 14.§.1.vbi Bart.num.4.Imola num.1.ff.de nouat. qui optimè declarat, habilitatem considerari, tam respectu rei, quàm personæ, in qua debet fundari obligatio.

13 At feudum istud in termino à quo, id est tempore, quo euictio fuerit sequuta, & conditio obligationis hypothecarię purificata, est inhabile ad contrahendam hypothecam, cum inueniatur deuolutum pleno iure ad Regem dominum directum ob lineam finitã. Ergo retrotractio nullo modo poterit operari: neq; contrahetur hypotheca, sine qua iudicium assistentiæ corruit.

14 Quod verò feudum in extemo à quo, retrotractionis, ob deuolutionem pleno iure ad dominium directum, fit inhabile ad contrahendam hypothecam ex contractu celebrato ante deuolutionem à quondam vtili domino, probatur. Quoniam tunc est inhabile extremum à quo, cùm actus eo tempore non posset geri, vt docet Bart.in d.l.is qui pro emptore, numer.4.versic. Idem si est inhabile extremum à quo, Cumanus numer.7.8.et 9. Crotus numer. 54. et 55. et numer.137 versic. Tertiò fallit, Decius in l. contractus 23.nu.23.vers.Sextò limitatur ff. de reg.iur. Costa de retrotraction.cap.7.nu.2.Matienz.in l.10.tit.8.lib.5.Rec. gloss. 3 numer.15.Gutierrez lib.2.practic.quæst.23.num.2.in fin.et nu.3.& probat textus in l.bonorum 14.ff.rem rat.haber. Sed tempore, quo feudum est deuolutũ ad Regiam Curiam ob lineam finitam, non potest subijci hypothecæ, à quondam vtili domino, cùm ipso defuncto res feudalis remaneat libera ab eius vtili dominio; & contractus feudi, fundumque ipsum antiquum formaliter loquendo (si licèt vti metaphysicis verbis aptissimè tamen rem explicantibus) sit extinctum, tametsi res ipsa feudalis materialiter maneat eadem sub domino directo. Ex quo fit, vt si alius illa re inuestiretur, non esset idem feudum cum antiquo, sed feudum nouum, cap.1.de success.fratrum, cap.1.de fratrib.de nouo benefic.inuest. Ad vnitatem enim feudi, & indiuiduationem (vt sic dicam) magis attenditur vnitas inuestituræ, quàm rei feudalis; quemadmodum quoad vnitatem rei naturalis magis inspicitur vnitas formæ, quàm materiæ. Ergo planè conditio ista non potest retrotrahi ob inhabilitatem extremi à quo.

15 Iuxta quam doctrinam, rem esse inhabilem ad contrahendam hypothecam, si in termino à quo, reperitur extrà dominium eam imponentis, docuit, expresse Bald.in d. l. qui balneum, §. Titia, ff.qui potior in pign. habeant. Ripa in l.priuilegia, numer.42.ff.de priuileg.credit. Decius in d.lege contractus numer.23.et cons.247.num. 3. 4.& 5. vbi optimè probat Asinius de execution.§.7.c. 33. Item iuxta eãdem doctrinam constituunt Doctores regulam, non posse retrotrahi actum in præiudicium eius, cui mutato rei statu interim ius est quæsitum, vt tradit Ripa in d.l.priuilegia num.42.Traquel.de iure primogenior.quæst.34.nu.18. Menoch.cons.946.num.34.et 35.lib.10.Monter.decis.50.ex num.7.Costa de retrotract.d.cap.7.ex num.3.Mangilius tract. de imputationib.et detraction.quæst.83.num.28.& 29.Freccia de subfeudis.lib.2.quæst.30.nu.3.Molina de primogen.lib. 2.cap.7.ex num.22.Harthman.Pistor.lib.3.quæst. iur.quæst. 14.num.16.referens pro ea Bart.Alexand.& Decium, atq; text.in cap.si pro te 13.de rescript.lib.6.

16 Hinc etiam receptum est, conditionem non trahi retrò in præiudicium illius, cui medio tempore, & ante conditionis euentum plenum ius quæsitum est, l.nec filio, ff.de natalibus restituend. Bartol. in l. Gallus 29. §.& quid si tantum, numer.19.ff.de liber.& posthum. & in l. quoties 14. num.4 ff.de nouation.et in l.postquam 5.ff.vt legat.fideicom. miss.nom.cauc.& in l.quod traditum 86.ff. de condit.& demonstr. Decius in d.leg.contractus, num.23.ff.de reg.iur. Tiraquell.dict.quæst.34.numer. 8. & 9. de retract.lign.§.1. gloss.10.ex num.69. Barbosa in l.1.3.p.num.32.in fin.versic. Tertiò, & num.33.vers. Non obstat tertia difficultas, ff.solut. matrim. Ceruantes in l.12.Tauri, nu.81.& 82.Siluanus cons. 97 ex nu.16.Thesaur.decis.38.nu. 4.

17 Inde etiam fit, vt quoniam retrotractio non operatur in præiudicium iuris medio tempore quæsiti, præferatur in successione maioratus filius legitimus ex primo matrimonio natu minor, filio maiori natu legitimato ex secundo matrimonio, vt docuerunt Ancharran.in cap. quamuis, num.5.de rescript. in 6. Tiraquell.de iur. primogen.

d. q. 3 4. *ex num.* 3. *Gregorius Lopez in l.* 1. *tit.* 1 3. *par.* 4. *glos.* 9. *post med.C ifuent.in l.* 40. *Taur.in princip.Castillo in leg.* 1 2. *Taur.numer.* 20. *verb. Siguiente matrimonio*, *col.*3. *Ioan. Lupus ibi*, *num.* 28. *Anton.Gomez ex num.*63. *Cervantes numer.* 79. *Dueñas regula* 3 5 0. *limit.* 1 4. *Molina de primogen. libr.* 3. *cap.* 1. *num.*7. *Mieres de maioratibus*, 1. *part. q.* 5 1. *num.* 3 2 9. & 2. *part.q.* 1. *ex num.* 1 0. *Gutierrez in repet.*§. *fin. unm.* 1 9 2. *Inst.de hered.qualit.& differen. Matienz in l.* 1 0. *tit.*8. *libr.* 5. *Recop.glos.* 3. *num.* 7. *Ioannes Garcia de nobilitate*, *glossa* 2 1. *num.*63. *Cevallos in specul.practicar.quaest.*606. *Thusch.liter. L.conclus.* 2 29. *num.* 45. 53. & 56. *Costa de retrotract. cap.*8. *casu* 3 1. *ex num.*6. *Surdus consil.* 369. *num.* 24. *lib.* 3. *Vrsin.de success.feudor.* 1. *part.q.* 4. *art.* 4. *ex num.* 2.

18 Hinc etiam est (magis ad rem accedendo) vt assensus Regius impetratus tempore quo repetitur facta reuocatio virtute *Constitutionis Constitutionem diuae memoriae*, actus gesti contra illam non possit retrotrahi, aut effectum operari in praeiudicium reuocationis iam factae, vt probat *glos.in cap.per tuas* 6. *verbo Praesumendum*, *de condit. apposit.* vbi notat *Abbas num.* 8. docens, purificationem conditionis non retrotrahi in praeiudicium eorum, quae medio tempore gesta sunt. Sentiunt *Afflictis in d. Constitut. Constitutionem diuae memoriae*, *num.*48. & *decis.* 3 3 5. *numer.* 3 1. & *sequentib.Marinus Freccia de subfeudis*, *lib.*2. *in commentario eiusdem praedictae Constitutionis*, *nu.*86. & *sub titul. de assensu*, *eodem libro*, *quaest.* 3 0. *per totam*, *Ponte de potest. Proreg.tit.*6.§. 1. *num.* 2 2. & 2 3. *Francisc.De Amicis in repetit.tit.de ijs qui in feudum dare poss.*§. 1 7. *sed quia in hypotheca*, *paginam ibi* 2 1. *Paris de Puteo de redintegrat.feudor. cap.* 2 98. Et si fiat obligatio feudi pro euictione sub conditione assensus, seu reseruato assensu (quod idem est, vt rectè obseruat *Paris de Puteo in dict.tract.capit.* 277. *nu.*2. *Surd.cons.*484. *num.*9. *lib.*4.) & antequam assensus sequatur feudum validè alienatur in tertium, assensus posteà impetratus non operatur in praeiudicium tertij, in quem feudum est alienatum, neque retrotrahitur ad diem contractus, vt eleganter notauit idem *Paris de redintegr. feud. cap.*270. *num.*4. & 5. & *cap.*271. *an si aliquis*, & *cap.*273. *an si alienatur*, *Afflict.decis.*286. quem sequitur *Freccia d.q.*30. & *Amicis in d.repet.*§. 1 8. *sed si venditor*, *num.* 1. & 5. *pag.*22. Item si venditor moriatur antè impetratum assensum, ob cuius mortè in feudo succedit filius, vel agnatus, si post assensus impetretur, non retrotrahitur in praeiudicium successoris, vt notat *Paris de Puteo in d. tractat. cap.*272. *an consensus*, & 273. 274. & 275. *Isernia in capit. Imperialem*, *num.* 1 5. *de prohib.feud.alien.per Feder. Franch. decis.*86. *numer.* 1. *decis.* 1 26. *ex num.*7. & *decis.*6 20. *ex numer.*3. *Capicius decis.* 1 1 5. *num.* 4. *Camerarius in repet. d. cap. Imperialem fol.* 88. *ex liter.E.* Cui simile est quod tradit *Paulus de Castro consil.*438. *quantum ad primum*, *numer.* 1. *volum.* 2. quem sequuntur *Tiraq.in leg.connubial.glos.*6. *nu.* 28. *Menoch.de arbitr.libr.* 1. *q.*69. *numer.*6. *Gutierrez libr.* 2. *pract.quaest.*23. videlicet stante statuto quòd contractus vxoris non valeat sine consensu mariti, non posse maritum consentire mortua vxore, & ratificare contractum ab ipsa gestum in vita, idem de consensu patris requisita in contractu filij. Idque ob has easdem rationes, quòd conditio non retrotrahitur mutato interim rei statu, & non inuento habili extremo, *à quo*, quas rectè expendit *Freccia d.q.*30. *num.* 3. & *ex numer.*8. *ad finem quaestionis*. Facit *Molina de primogen.lib.*2. *cap.*7. *ex num.* 20.

19 Igitur idem planè dicendum est de conditione ipsa euictionis adiecta contractui, & obligationi hypothecariae, si conditio euictionis purificetur eo tempore, quo status feudi mutatus, est & quo incapax contrahendi hypothecam, quoniam deuolutum sit ad dominum directum, non posse retrotrahi hypothecam ad initium contractus, neque fictionem translatiuam defectum habilitatis extremi, *à quo* effectum habere.

20 Sed videntur aduersus praedictã difficultatem facere textus in l. 1. & *in l.qui balneum* 9. *in fine principij*, & *in leg. potior* 1 2. *in* §. *videamus*, *ff.qui potiores in pign. habe.* quibus probatur, conditionem retrotrahi ad initium obligationis: ex quo videtur consequens, vt assensus etiam retrotrahi debeat ad tempus obligationis feudi pro euictione rei venditae. Qua ratione motus id affirmauit *Afflictis in Const.Constitutionẽ diuae memoriae*, *n.*45. tametsi paulo post *num.*45. variauerit sui immemor, quem allegat ab eo discendens *Freccia de subfeudis lib.* 2. *d.quaest.* 3 0. *n.* 2. qua eadem ratione vsus est pro ratione dubitandi *in d.decis.* 286. *numer.* 4.

21 Idem *Afflict.in eadem decis.* 286. *num.*4. *vers.Nec obstat*, & eius vestigia sequutus *Freccia in d. quaest.* 30. *num.* 4. respondent ad difficultatem, quae resultat ex praedictis textibus, assensum impetratum post contractum factum sub conditione assensus futuri ideò non retrotrahi, quia contractus ab initio, cùm nondum impetratus erat assensus, & nullus, et proindè nullum effectum habet: illaque clausula *Reseruato assensu*, dumtaxat efficit, ne censeatur dominus offensus; non verò vt impleta conditione contractus retrotrahatur ad initium: non enim valet, nisi ab assensu impetrato. Significantes planè in casu praedictae decisionis conditionem fuisse retrotrahendam etiam cum tertij praeiudicio, si contractus ab initio valuisset. At in casu *d.l.* 1. *l.qui balneum*, *l.potior*, *in* §. *videamus*, contractus valebat ab initio, & ideò impleta conditione, obligatio retrotrahitur ad initium gestis contractus. Addit *Freccia*, quoniam qui pendente conditione assensus primi contractus alienat per secundum contractum validum eum assensum, videtur tacitè reuocare contractu priores circa rem ipsam alienatam sub conditione assensus, vt in simili dicitur *in leg.si maritus* 1 2. *C.de donat.inter vir.*& *vxor.*& si posteà superueniat assensus domini directi suprà contractum priorem reuocatum, nòn posse effectum habere mutato interim rei statu.

22 Sed (quod eorum pace dicam) ambo apertè labuntur, & planè errant argumentumque solutum facilimum, adhibita solutione reddunt difficilimum, clarissimam rẽ obtenebrantes, nebulaque, & obscuritate circumfundentes, & rem expeditam reddentes inextricabilem. Ex notissimis iuris principijs certum est, conditionem adiectam contractui suspendere obligationem, quemadmodum vniuersim cuicunque dispositioni additam eius effectum suspendere. Notissima item res est feudi alienationem puram sine assensu non valere, *capit. Imperialem, de prohib.feud.alienat.per Feder.* si verò feudum alienetur sub conditione Regij assensus, nulla est ratio cur dici possit, alienationem non valere, eodem modo, quo valent cõtractus omnes conditionales, in quibus regula est ex *d.l.* 1. *l.qui balneum*, *in princ.leg.potior*, §. *videamus*, *ff.qui potiores*, vt sub conditione facti casuali, vel mixta si conditio impleatur, valeant ab initio, & conditio ad initium obligationis retrotrahatur, datis terminis habilibus: & si sub potestatiua, valeant ex implemento conditionis. Cùm aliàs etiam in vltimis voluntatibus sit expeditum, regulam Catonianam, qua dispositiones purae regulantur, in conditionalibus locum non habere, *l.* 1. *ff.de regul. Catonian.*

23 Venditionem autem feudi sub conditione assensus nõ esse prohibitam, sed esse validam, & sustinendam, sensc-

runt

runt *Iacob. de Ardizon. in summa feudali, cap. 119. circa fin. Bald. in c. 1. §. hoc quoque num. 18. & 19. de success. feudi, Aluaro. in cap. Imperialem, in princip. num. 15. in fin. de probib. feud. alien. per Feder.* & idem planè sentit *Ponte cons. 17. numer. 21. 22. & seqq. vol. 2.* Pendente autem conditione contractus non ita valet, vt à principio nascatur obligatio, *l. necessariò 8. in princip. & §. quòd si pendente, ff. de pericul. & commod. rei vind. l. cederem diem 213. ff. de verbor. signif.* valet tamen ita, & eatenus dicitur perfectus, vt non possit alter contrahens à contractu resilire inuito altero, & alterum contrahentem eludere: sed teneatur vterque expectare conditionis euentum, vt notat *glossa* communiter approbata *in titul. Institut. de empt. & vend. in princip. verb. Contrahitur, & in dict. §. quòd si pendente, verbo perfectam esse, & in leg. 1. verb. Post. perfectam, C. de pericul. & commod. rei vendit. Baldus, & Salicet. in leg. 2. num. 1. Cod. quando lice. ab empt. discend. Afflict. decis. 280. numer. 3. & sequentib. Paris. con. 59. num. 4. volum. 1. Harthman. Pistor. lib. 3. quæst. iur. q. 14. num. 17. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 12. tit. 10. numer. 16.* Et in specie alienatione feudi sub conditione assensus alienati sentit *Lucas de Penna in l. nulli 13. num. 1. circa fin. Cod. de fundis patrimonialib. libr. 11. & Afflict. in cap. 1. in princip. q. 21. num. 6. de probib. alien. feud. per Feder. Ponte d. cons. 17. ex numer. 20. vol. 2.* Imò est probabilissimum, attento iure communi feudorum, & seclusa dispositione *Const. Regni Constitutionem diuæ memoriæ*, ex qua in Regno alienans feudum purè, antè impetratũ assensum potest reuocare alienationem, tametsi alienatio feudi absque assensu pura sit nulla, & inualida: quod tamen neque omninò asseri potest, si credimus *Camerario in capit. Imperialem fol. 87. ex litera M.* vbi contendit, istum contractum non posse dici omninò nullum propter spem reconualidationis, quod repetit *fol. 39. litera R. vers. Prima conclusio, Ponte decis. 6. numer. 10.* tamen id esse intelligendum quoad dominum directum, & eius præiudicium. Cæterùm quoad vassallum, alienationem, etiam nullam eum habere effectum, vt ab ea discedere non possit ipse alienator, vt sentit *Rosental. de iure feudor. capit. 9. membr. 1. concl. 2. numer. 11. & membr. 2. concl. 70. per tot.* multis in eadem rem relatis, *& Ponte d. cons. 17. num. 26.*

24 Si verò Afflictis, & Freccia velint distinctionem inducere inter contractus conditionales, qui si purè fierent, non valerent: & eos, qui cùm conditionaliter fiant, posset fieri purè, æquè validè: vt in primo casu conditio non retrotrahatur; in secundo verò retrotractioni locus sit; ea doctrina falsa est à nemine præter ipsos tradita, & asserta sine fundamento. Quare contrariam, nempè assensum retrotrahi, cùm contractus sit reseruato assensu, seu sub conditione assensus (quod idem esse dixi *sup. num. 18. ex Paris de Puteo de redintegrat. feudor. cap. 277. quia communiter, numero 2. & Surd. cons. 484. num. 9. libr. 4.*) tradunt & probãt idem *Puteus in d. tract. cap. 275. an si quando, numer. 2. & Camerarius in repet. cap. Imperialem fol. 27. liter. S. T. V. & fol. 28. literis A. B. C.* vbi contendit, contractum vassalli alienantis sine assensu non posse dici omninò nullum, sed eius nullitatem pendere, donec dominus directus assentiatur, vel dissentiatur, *fol. 89. ex liter. R. vers. Prima conclusio,* vbi latè. Et andem recurrendum est ad doctrinam communem suprà traditam, distinguentem inter conditiones potestatiuas, & casuales: & rursus subdistinguentem quoad retrotractionem in casualibus, an extrema sint habilia, vt eo casu retrotractio locum habeat vniuersim, an inhabilia, quo casu retrotractioni locus non sit. Inhabilitatem verò effici si res medio tempore fuerit tertio pleno iure quæsita; in cujus præiudiciũ retrotractio non operat, vt superius dixi. Et hæc est verissima ratio dicendi in casu illo *decis. Afflict. 286.* vt planè de similibus loquens sentit *Paris de Puteo de redintegrat. feud. cap. 271. an si aliquis 272. 273. & 274. & Franchis decis. 86. num. 4.* alijs relatis tradit vt indubitatum, assensum in tertij præiudicium nunquam retrotrahi, contra *Afflictum, & Capicium*, & ait suis temporibus in hoc non fuisse factam difficultatem.

25 Igitur ad *text. in d. l. 1. in l. qui balneum, in princip. & in dict. l. potior, in §. videamus, ff. qui potiores*, optimè respondet *Barbosa in l. 1. 3. part. numer. 33. vers. Non obstat tertia difficultas, ff. solut. matrim.* tunc non posse retrotrahi conditionem in præiudicium tertij, quando medio tempore est quæsitum tertio plenum ius, veluti dominum, vel aliud simile: tunc enim agitur de magna mutatione status rei, & tunc locum habent superius dicta, vt non possit retrotractio locum habere ob extremi inhabilitatem. Verum quando manente re sub dominio eiusdem debitoris, & ex consequenti in eodem statu secundùm substantiam, mutatur accidentaliter medio tempore, quoniam in eadem quæsitum sit tertio creditori ius hypothecæ, conditio post impleta retrotrahi potest in eius præiudicium, quoad effectum præferendi primum creditorem sub conditione prius contrahentem. Et in hoc secundo casu loquuntur, & sunt intelligendi prædicti textus. Quam tamen doctrinam etiam limitat, & explicat *Negusantius de pignor. 3. part. membr. 1. num. 36. cum sequentibus.*

26 Secundò respondet *Harthman. Pistor. quæst. iur. libr. 3. d. quæst. 14. ex num. 17.* Rationem, cur in casu *d. l. 1.* & concordantium, *ff. qui potiores*, conditio retrotrahitur, esse, quoniam non potest debitor prius sub conditione contrahens voluntate sua à contractu discedere in fraudem prioris creditoris conditionalis, eique præiudicare. Significans, posse conditionem retrotrahi, etiam si mutetur status rei ex voluntate debitoris. Idque ex notissimis principijs. Nam si debitor ipse impedimento est, quominus impleatur conditio, censeri debet impleta, tùm in damnum ipsius, tùm in damnum eorum, qui ab eo causam habent, *ll. iure ciuili 24. ff. de condition. & demonstr. l. in executione 85. §. vltim. ff. de verbor. oblig. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 14. tit. 45. num. 33.*

27 Casus autem, de quo modò agimus valdè diuersus est à casu *d. leg. 1.* & concordantium, vt idem met *Freccia* expendit in *d. quæst. 30. num. 3. & num. 8. cum sequentibus*, siue sequamur solutionem Petri Barbosa, siue Pistoris. Iuxta solutionem Barbosæ, quoniam agimus de feudo, quod non solum non remansit tempore conditionis impletæ sub dominio vtili eiusdem domini, qui illud obligauit sub conditione, sed neque est extans. Nam per deuolutionem feudum extinguitur consolidato vtili dominio cum directo, ac per consequens iam perijt res illa, quæ subiecta erat obligationi conditionali, nempè vtile dominium, non enim poterat vassallus obligare, nisi illud, quòd habebat: & succedit regula *leg. necessario, §. quòd si pendente*, ibi: *Planè si pendente conditione res interierit, perimitur emptio, sicuti & stipulationes, & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit, ff. de peric. & commod. rei vend.* & quæ de inhabilitate extremi, *à quo*, superius dixi, ob quam retrotractionis fictio non potest exitum habere, *l. si ex duobus 6. §. sed & Marcellus, ff. de in diem addict.*

28 Iuxtà solutionem verò Pistoris etiam est diuersus casus. Nam mutatio feudi contingens ob deuolutionem, non prouenit ex voluntate debitoris ante ipsam conditionaliter contrahentis, qui in fraudem prioris contra-

ctus

ctus mutet rei statum: sed prouenit à necessitate, & extrinseca fortuna præter eius voluntatem quare non potest contrahenti imputari, cur status rei sit mutatus tempore implementi conditionis, qui vim maiorem, & casus contingentes dispositos à diuina Prouidentia impedire non potest. Et sic nullo modo, & ex nullo capite potest fieri, vt retrotractio locum habeat, quemadmodum habet in casu *d.l.* 1. & concordantium, *ff. qui potiores*.

29 Tertio tandem (& quæ deinceps dicenda sunt, tendunt directè ad resolutionem propositæ dispositionis) dato, & non concesso, hypothecam in hoc feudo ab initio contractus purè, & validè contractam esse (quæ planè sub condictione euictionis imposita est) illa tamen per deuolutionem feudi ad Regem dominum directum ob lineam finitam fuisset extincta. Quoniam resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignorib.* Quæ regula etiam in feudis locum habet, vt docet *glos. vltima, in d. l. lex vectigali*, & probat *textus in cap.* 1. *§. rursus quibus mod. feud. amittat. cap.* 1. *§. quid ergo, de inuestitur. de re alien. fact.* & in istis locis *Baldus, Aluarotus, Cardin. Alexand. Isernia, & Afflictis, & alij Feudistæ, idem Baldus in leg.* 3. *& ibid. Salicet. & Paulus, C. de seruit. & aqua, idem Bald. in l. si duobus* 3. *§. sed quia nostra, numer.* 7. *C. commun. delegat. et in cons.* 333. *numer.* 3. incipit, *Nobilis, vir, vol.* 5. *Decius cons.* 239. *num.* 7. qui multos allegat, *idem Isern. in cap.* 1. *num.* 5. *de alien. feudi, et in cap.* 1. *§. si aliquis, apud quem, vel quos controuersia feudi, Iacobin. de S. Georg. in sua inuestitura feudali, verb. Ita etiam, quòd ipsi Vassalli ex num.* 10. *et verb. Qui quidem inuestiti, ex numer.* 62. *Tiraquel. de retract. lignagier. §.* 34. *gloss.* 1. *ex num.* 7. *et de retract. conuentionali, §.* 3. *glossa vnica, num.* 13. *Freccia de feudis libro* 2. *authoritate* 29. *num.* 7. *Ioan. Anton. de Nigris in cap. Item statuimus* 109. *num.* 13. *in fin Chassanaus in consuetudine, Burgund. Rubric.* 3. *§.* 8. *verb. En alienation. num.* 35. *Boerius decis.* 181. *ex numero* 3. *Guido Papæ decis.* 575. *Cacheranus decis.* 156. *num.* 9. *et* 10. *cum sequentibus Franchis decis.* 192. *num.* 1. *decis.* 226. *et ibi addentes, et decis.* 369. *num.* 9. *Mastrillus decis.* 14. *numer.* 7. *et* 8. *Ponte decis.* 28. *ex numero* 2. *et de potest. Proreg. tit.* 10. *Rubr. de donationibus et expensis Vniuersitatum, §.* 1. *ex num.* 17. *Claperijs cons.* 100. *quæst.* 2. *numer.* 3. *Surdus decis.* 286. *numer.* 9. 10. 11. *et* 12. *Gulielmus Benedictus in repet. cap. Raynuncius verb. Et vxorem nomine Adelasiam decis.* 4. *numer.* 15. *et* 16. *Afflictis decis.* 380. *num.* 3. *et* 3. loquens in emphyteusis, *Borguinus Caualcan. decisio.* 29. *num.* 41. 2. *part. et Valascus consultatione* 186. *ex numero* 3. loquentes item in emphiteusi (à qua tamen ad feudum rectè sumitur argumentum, vt notat *Euerardus in locis legalibus, loco* 30. *ab emphyteusi ad feudum.*) Ergo resoluto iure vassali constituentis hypothecam super feudo, vtilique dominio consolidato cum directo, dum feudum deuoluitur necessario ad dominum ex anteriori contractu inuestituræ, resoluitur quoque, & extinguitur hypotheca, & ius creditoris super feudo, feudumque reuertitur liberum ob omni onere, cùm domino aperitur. Non secus ac hypotheca imposita super re vendita, cum pacto de retrouendendo, reuersâ re ad venditorem vi anterioris pacti, reuertitur libera resolutis hypothecis medio tempore contractis, vt resoluit post plurimos antiquos *Tiraquellus de retract. conuentionali, §.* 3. *dict. glossa vnic. numero* 10. 11. *et* 12. *Franchis decis.* 64. *num.* 4. *et* 16. *et decisio.* 369. *numero* 9. *Negusantius de pignor.* 5. *par. membr.* 1. *ex nu.* 44. *Ioannes Garcia in tract. de hypotheca post contractum, etc. ex numero* 8. *Auendanus de censibus, cap.* 102. *num.* 1. *Anellus de Amat. consil.* 10. *per tot.* Et est originalis doctrina *Bart. in l. in diem* 9. *ex num.* 2. *ff. de aqua pluu. arcend.* quam in fortioribus terminis sequitur *Pinellus in l.* 2. 2. *part. capit.* 3. *ex nu.* 11. *C. de rescind. vendit.* (*approbat Sarmiento lib.* 6. *select. cap.* 7. *num.* 4.)

30 Confirmatur hæc ratio ex doctrina vera, & communi Doctorum, quam tradunt circa illius regulę explicationem, quòd resoluto iure dantis, resoluatur ius accipientis. Distinguunt enim sic. Aut contractus ante rei pignorationem factus ex natura sua ob causam in eo expressam resolubilis, resoluitur ex causa necessaria anteriori citra voluntatem contrahentis, in cuius damnum resoluitur. aut stante contractu resolubili resoluitur ex causa voluntaria, aut libera voluntate illius contrahentis, cuius fauores, & in cuius commodum contractum est. Primo casu dicunt, tempore, quo contractus resoluitur ex causa necessaria anteriore ob naturam ipsam contractus resolui hypothecas, & onera imposita post primum contractum. Secundo casu dicunt, onera, & hypothecas post resolutionem voluntariam durare. Exemplum primi casus adducitur in venditioni rei facta, cum pacto de retrouendendo, nam quando inuito emptore venditor exercet pactum, quod à principio in erat, & recuperat rem venditam, resoluuntur omnes hypothecæ, & onera imposita rei per emptorem; & res reuertitur libera ad venditorem; vt in fine præcedentis numeri dicebamus. Item in emphyteusi, vel feudo, quæ debent reuerti ad dominũ directum ex vi contractus, & tenore inuestiturę antecedentis in casu commissi, cessationis canonis, feloniæ, vel ob lineam generationis finitam, & alias causas Nam succedente casu, in quo res emphyteutica, vel feudalis ob tenorem antecedentis inuestituræ reuersura sit, & deuoluenda ad dominum directum, resoluuntur omnia onera, & hypothecæ imposita, & contracta medio tempore inter inuestituram, & deuolutionem. Exemplum secundi casus addducitur in re vendita, nam si post venditionem agat venditor ad rescindendam venditionem ob læsionẽ vltra dimidiam iusti pretij, *iuxta leg.* 2. *C. de rescindenda venditione*, hypotheca in re imposita ante rescissionem venditionis durat post illam rescissam, cùm res restituatur ex causa voluntaria, potuit enim emptor supplere iustum pretium, & rem retinere. Quamuis in hoc exemplo dessensio magna sit inter *Bartol.* et *Baldum*, an resolutio contractus ex remedio *d.l.* 2. sit ex causa necessaria, an potius ex causa voluntaria, de qua latè agit *Pinellus in dict. l.* 2. 2. *part. cap.* 3. *ex num.* 11. *C. de rescindenda venditione*. Item aliud exemplum adducitur ex ipsis eisdem feudo, & emphyteusi reuersis ad dominum, non ex causa necessaria inuestiturę, & iure dominij directi, sed ex voluntate libera emphyteutæ, vel vassalli volentis transferre emphyteusim, vel feudum in dominum directum titulo venditionis, donationis, aut legati, vel quouis alio simili, tunc enim emphyteusis, vel feudum non deuoluitur ad dominum iure dominij directi, sed ex titulo, ex quo posset succedere quicumque, qui non esset dominus, & censetur eodem iure, quo quilibet particularis successor feudatarij, qui dominus non esset: & hoc casu durat onus, & hypotheca imposita ante hanc translationem, quemadmodum duraret succedente in feudum quolibet alio non domino. Hanc doctrinam tradit *Bartol. in leg. si ex duobus* 6. *§. sed et Marcellus, num.* 1. *ff. de in diem addictione, et in l. si res* 3. *numer.* 1. 2. *et* 3. *ff. quib. mod. pignor. vel hypoth. solu. et vltra superius relatos numer. præcedenti, Antibolus de muneribus,* 3. *p. num.* 88. *et* 89. *Capicius in inuestitura feudali, in Rubrica feudorum deuolutio, versicul. Seruitutes, pag.* 159. *et in Rubric. feudorum executiones, vers. Dominus mortuo, cũ vers. Limita, pag.* 179. (*Freccia de subfeudis, lib.* 2. *authoritat.*

tat.29.num.9.Camill.de Medic.consilio 101.numer.4.) Curtius de feudis, 4.part.numer.105.versic. Nam ex prædicta, tom.10.tractat.2.part.Cagnolus in l.2.num.122.C.de rescindend.vendit.Camer.in cap.imperialem, fol.31 literis R.& S. Pincellus in l.1.3.part.numer.72.C. de bonis matern. Bursatus consil.171.num.28.& 29.Ronitus consil.53.nu.19.volum.1. Ponte decis.3.num.25.26.& 27.Duardus de censibus, §. 1. quæst.10.ex num.10.Surdus decis.286. numer.2.& 3.& per totam, Ioannes Garcia qui latè prosequitur in tractatu de hypotheca post contractum viuente, aut moriente recisso contractu,ex numer.6.per omnes sequentes,post finem tractat.de meliorationibus.

31 Neque obstat effugium à quibusdam infœliciter excogitatum, qui dicunt, Regulam illam, *resoluto iure dantis, resolui ius accipientis*, in feudis limitandam esse, & locum non habere; quoties in contrahenda hypotheca interuenit assensus domini directi. Nam cum in re propria quilibet sit moderator, & arbiter, *l.in re mandata C. mand.* ipse dominus potest sibi præiudicare *l.non videtur 11.ff.si quid in fraud.patron.Quarstione,Bart.in l.in diem 9.n.2.ff.de aqua pluuia arcenda, & ibi Cumanus numer.* 1. qui apertius loquitur, significant, hypothecam impositam cum voluntate eius, ad quem res est reuersura, durare etiam si res ad eum reuertatur.

32 Et de hypotheca imposita cum assensu super feudo durare post deuolutionem, creditur sensisse *Isernia*, qui tamen more suo obscurè, & lubricè loquitur. Imò nihil asserens, sed ex sententia aliorum, quam tamen vltimo loco refert *in capite 1.§.quid ergo, numero 5.in fine, de inuestitura de re alien.fact.& in capite imperialem,nu.11.de prohib. feud.alien.per Federic.* inuolutè quoque loquens de casu venditionis, non pignorationis; sed apertè eam sententiã amplectuntur *Boer.decision.181.numero 4.& 5.Freccia de subfeudis lib.2.authoritate 29.num.6.* loquens item de venditione feudi, & in specie agens de casu pignorationis, *Harthman.Pistor.libr.2. quæstion.iur.quæst.48.ex numer.14. Seraderus de feudis.part.8.capit.4.numer.34. versic.Secundo hæc conclusio, & Fachineus libro 7. controuersiarum iur.cap.56.Camerarius in cap.imperialem, fol.50.liter. L.*

33 Fundamentum præcipuum est, nam si dominus assentiatur venditioni feudi, venditio ipsa manet firma in fauorem emptoris, & eius hæredum quantumuis succedat casus, ob quem feudum à primo venditore ad Fiscum, seu Regiã Curiam deuolueretur, quia non attenditur iam persona venditoris, sed noui emptoris, cum assensu domini feudum acquirentis, & in eo succedentis, vt est *text. in capite 1.§.& si clientulus de alienat.feudi*, id apertè probans, de quo magnum fessum facit Fachineus. Ergo simili modo si res feudalis opignoretur, durabit pignus etiam si feudum ad dominum deuoluatur, quia non attenditur persona feudum obligantis, ob assensum; sed eius, cui feudum obligatur. Nam inter venditionem feudi, & opignorationem nulla inueniri potest verisimilis diuersitatis ratio. Ita argumentatur *Pistor.& Fachineus.*

34 Non, inquam, obstat, sed admirationem mouere potest, quòd tam apertus lapsus inuenerit sequaces, & tam infirmum, & labile fundamentum approbatores. Et vt res a radice examinetur, reuocandum est in memoriam, ius quod circa feudorum alienationem nunc viget, non omnibus temporibus fuisse vniforme, nam antiquis licuit, nunc magis, nunc minus feudum alienare, etiam sine assensu, *Camerarius in capite imperialem, folio 4.ex litera A.* distinxit octo tempora, quibus circa feudorum alienationes variatum fuit. In quorum quinto licuit feudis seruitutem, vel hypothecam imponere, sine assensu domini: ita tamen, vt neque hypotheca, neque seruitus domino directo præiudicium inferret, sed solum vassallo, dum apud ipsum erat res feudalis: ea verò ad dominum deuoluta iure dominij directi extinguebatur ius hypothecæ, seu seruitutis, ex illa generali regula iuris communis, quod *resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis*, quam in feudis quoque vigere obseruari superius ex communi omnium sentẽtia. Iuxta quod tempus, quo hypotheca sine assensu poterat contrahi accipiendi sunt, *textus in capite 1.§.rursus, quibus mod. feud. amitt. & in capite 1.§.quid ergo, de inuestit.de re alien. fact.* Post constitutionem verò *Federic. in capite imperialem, de prohibit.feud. alienat.per Federicum*, res est indubitata, hypothecam cõtrahi non posse sine assensu, quod latius prosequitur idẽ *Camerarius in dicta repetit.folio 10.litera O.*& expressè statuitur in ipso *capite imperialem, & dixi supra num. 8.& 9.*

35 Ex quo manifestè colligitur, apertè errare eos, qui credunt, attento iure hodierno feudorum limitandam esse regulam illam, quod *resoluto iure dantis, resoluatur ius accipientis*, quotiescumque interuenit in hypotheca contrahenda assensus directi domini. Quinimo qui eam regulam limitant, rectius dicerent, in feudis nunquam locum habere, nam reuera, iuxta eorum sententiam nunquam locum habet, siue interueniat assensus, siue non interueniat. Idque probatur euidenter cùm enim accipiẽtis, non sit aliud quàm seruitus, vel hypotheca, aut simile ius contractum, & impositum super feudo in fauorem tertij, ad quem feudum non pertinet, & hæc onera iure isto, sine assensu contrahi non possint plane fit, vt vbi assensus non interuenit, non possit constitui in feudis ius accipientis, ex quo rursus fit, vt resolui non possit. Nam quemadmodum priuatio præsupponit habitum, *l.decem 110.ff.de verborum obligatione, capite ad dissoluendum, de desponsat.impuber.* ita resolutio constitutionum, & vbi cõstitutio esse non potest, non habet locum resolutio. Vbi verò interuenit assensus, qui ad constitutionem est necessarius, resolutio non contingit, iuxta sententiam eorum, cum quibus disputamus, qui limitant prædictam regulam, *resoluto iure dantis, &c.* interueniente assensu. Ergo euidens est iuxta eorundem sententiam, eam regulam, siue sine assensu, siue cum assensu locum non habere. Ex quo rursus colligitur, hanc sententiam aduersari communissimæ, & receptissimæ Doctorum omnium sententiæ, affirmantium, regulam istam habere locum in feudis, quorum plurimos retulimus *sup.numero 29.* & pro ea retulit 28. Doctores *Tiraquellus de retractu conuention. §. 3.gloss.vnica.d.num.13.*

36 Igitur attento iure feudali hodierno, si res adamussim expendatur, an resoluto iure danti resoluatur ius accipientis, difficultas est in facto, non in iure consistens, & quæstio, est voluntatis, non potestatis. Nam si de iure, & potestate sermo sit, indubitatum est dominum directum feudi, cuius assensus in obligatione feudi contrahenda requiritur, posse sibi præiudicare, & iis, quæ pro se introducta sunt, renunciare, *l.si quis in conscribendo 29.C. de pact.* & velut dominum de re sua ad libitum disponere, *l.in re mandata 21.C.mand.* cõsentireque, vt ita res feudalis hyopthecę subijciatur, vt conseruetur, & duret obligatio etiam eo casu, quo res ad ipsum deuoluatur, & maneat ipse obligatus ad soluendum debita sui vassalli. Quis hæc neget? An verò præstito assensu id sit censendus voluisse, res est, quæ subiacet coniecturis, & explicationi verborum assensus. Nam si assensus verba eum sensum admittant, vt eo etiam casu, quo feudum deuoluatur, velit dominus hypothecam à vassallo impositam permanere,

pro-

proculdubio resoluto iure dantis, non resoluetur ius accipientis. Verum si assensus verba eum sensum non admittant, sed potius excludant, & de voluntate domini non constet, volentis, hypothecam eo casu durare, aut coniectura sit contrariæ voluntatis, proculdubio resoluto iure dantis resoluetur ius accipientis. Sumus itaque in statu coniecturali, vt rectè obseruat *Afflictis in cap. 1. num. 11. qui successor. feud. dar. tenean. & Isernia in cap. 1. eodem tit. alijs, qui successores tenean. el 1.*

37 Occurrit autem duplex quæstio. Prima, an assensus hypothecæ simpliciter præstitus, non explicato, neque expresso casu deuolutionis citra voluntatem vassalli contingentis, seu inuoluntariæ, censeatur etiam præstitus in casum eiusmodi deuolutionis, vt videlicet hypotheca duret eo casu, & sic in simplici assensu comprehendatur casus deuolutionis. Secunda, an assensus præstitus hypothecæ non simpliciter, sed limitatè sub pactis, & clausulis, *dummodo habeat successores, natura feudi in aliquo non mutata, iuribus Regiæ Curiæ semper saluis*, censendus sit, comprehendere casum deuolutionis: an verò vi harum clausularum, ille casus in eiusmodi assensu videatur exceptus.

38 Et quoad primam quæstionem, censendum, esse, assensum simpliciter præstitum hypothecæ comprehendere casum deuolutionis inuoluntariæ, & nocere domino assentienti, vt deuoluto ad se quomodolibet feudo, ratam teneatur habere hypothecam, & maneat obstrictus creditoribus vassalli, creditur sentire *Isernia in capite 1. §. quid ergo, numer. 5. versiculo, Alij putant de inuestitur. de re alien. fact.* cui assentire videntur ibidem, quia eum referunt, & non impugnant *Cardinalis Alexandrinus numer. 2. Afflictis num. 3. Balzaranus num. 21.* Eandem sententiam significant *Puteus de redintegratione feudorum capit. 256. pone, quòd vassallus, num. 7. 8. & 12. Freccia de subfeudis, libro 2. authorit. 29. num. 8. Pistor Scraderus, relat. sup. num. 32. in inuestitura feudali, Rubr. feudorum deuolutio, §. hypotheca, pagina 159. & Rubrica feudorum executiones, versiculo, Dominus mortuo, pagina 197. (Guido Papa decis. 575.) Rosental. de feudis, capit. 9. membro 1. conclusione 18. numer. 1. Fachineus controuersiarum iur. libro 7. cap. 56.* Fundamento cuius sententiæ est illud idem, quod retulimus *sup. numero 33. desumptum ex Isernia loco prædicto, quo vtuntur Pistor, & Fachineus*, vt probent, limitandam esse in feudis regulam iuris communis, quòd resoluto iure dantis, resoluatur ius accipientis, interueniente consensu domini directi.

39 Contrariam tamen sententiam, quinimò assensum simpliciter præstitum non comprehendere, sed potius excludere casum deuolutionis inuoluntariæ, planè amplectitur idem *Isernia in dict. capit. 1. §. quid ergo, numer. 5. in princip. de inuestit. de re alien. fact. sect.* loquens ex propria sententia. Eius verba sunt, *quid vassallus contraxit debita, & feudum aperitur domino, an domino tenetur creditoribus? dic, quòd non, quia nec agnati, quando est paternum, infra, an agnatus, &c. capite 1. etiam si obligasset feudum, cum reddit ad dominum, pignus euanescit, ff. de pignor. l. lex vectigali, & si realis si seruitus non præiudicat domino multo minus personalis obligatio, quæ non sequitur rem, ff. ad Trebel. l. 1. §. si hæres de iudicijs, si fideicommissum, §. tractatum, etiam si dominus consentiret obligationi, sine cuius consensu non valet pignoratio, imò perderetur in constitut. Imperialem, in principio, ideò enim videtur consentire, & ad hoc operatur domini consensus, vt scilicet valeat pignus, non vt præiudicet alij iuri domini consentientis ad id quod non dicetur cogitatũ, vt ff. de transact. qui cum tutoribus.* Hucusque Isernia, qui non potuit clarius adhærere huic sententiæ. Quam expressè tradit *Afflictis in capit. 1. numero 13. circa finem ex versiculo, Sed an Rex consentiendo, cum numeris sequentibus qui successores feud. dare tenean. Ioannes Anton. de Nigris in cap. Item statuimus 106. numer. 13. in fin. Ponte de potest. Proregis, tit. 8. §. 11. numer. 17. cum sequentibus.* Eandem sententiã videtur amplexurus *Camerarius in cap. Imperialem, fol. 7. literis I. K. & folio 75. ex litera S.* Dico amplexurus quia non loquitur in specie de hoc casu, sed de alio simili, & rationes adductæ pro illius resolutione probant istã sententiam. Eandem probant quæ adducit *Freccia de subfeud. libr. 2. authoritate 2. quæstio. 19. & tuetur Rosental. de feudis, cap. 9. membr. 1. conclus. 38. ex numer. 4. Ioannes Garcia de hypotheca post contractum num. 7. 11. & 12. Rouitus cons. 53. num. 19. lib. 1. Aendanus de censibus cap. 11. numer. 5. Duard. de censibus, §. 1. quæstio. 10. numer. 14. & quæst. 12. num. 47. & §. 5. q. 33. num. 27.* quam sententiam ego existimo verissimam.

40 Probatur primo, quoniam assensus est stricti, imò strictissimi iuris, vtpotè gratia, & priuilegium, & strictè interpretandus, vt docent *Isernia in capit. Imperialem, in princip. numer. 4. & 5. de prohib. feud. alienat. per Feder. Marin. Freccia de subfeud. lib. 2. authorit. 1. quæst. 19. numer. 8. & 9. & quæst. 20. num. 8. & 9. Camerar. in repet. dict. cap. Imperialem, folio 43. lit. G. & fol. 44. lit. E. cum seqq. Franchis decisione 153. numer. 23. & 24. Ponte de potestate Proreg. titulo 4. §. 7. numer. 26. Rosental. de feudis cap. 9. mebr. 1. conclus. 36. ex num. 1.* atque ideò (vt idem Camerarius latius prosequitur) assensus non extenditur de tempore ad tẽpus, neque de loco ad locum, neque de parte ad totum, neque de persona ad personam, neque de casu ad casum, & quidquid in eo est omissum, non subintelligitur, sed relinquitur sub dispositione iuris communis, *vt in l. quid astringẽdæ 99. ff. de verbor. obligat.* Sed in assensu simplici super hypotheca non exprimitur casus deuolutionis. Ergo sub simplici assensu non comprehenditur.

41 Secundò, quoniam verba priuilegij Principis, ita sunt interpretanda, vt habeant aliquem effectum, verum postquam effectum habuerint in expresso, debent in cæteris non expressis pati restrictionem, & angustari, vt lædant ius commune quanto minus possint, *l. 2. C. de noxal. act. Camerarius in d. cap. Imperialem, fol. 44. liter. O. Felinus in capit. 1. numer. 9. Decius numer. 30. de re scrip. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 10. numer. 77. & 78. & cap. 11. num. 11. versic. Tertio, quia Giurba decis. 23. num. 7. & 8.* Sed assensus est priuilegium, vt dictum est. Ergo ius verba debent accipi, vt operentur effectum hypothecæ, eam conualidantia, quæ eo secluso nulla esset; verum eã limitatè cõualidantia, dum res feudalis, apud dominum vtilem feudi remanserit, non tamen quando ad directum dominũ fuerit deuoluta, cùm eum casum verba non comprehendant, quam rationem planè indicauit *Isernia allegatus n. 39. & in cap. Imperialem, num. 11. de probib. feud. alien. per Federic.*

42 Tertiò, quoniam considerando personam domini, ipse debet consentire propter duo, videlicet primò, vt actus valeat, secundò, vt ius suum remittat, & consentiẽdo in vno, non consentit in alio, *l. de pupillo 18. §. si in pluribus ff. de noui oper. nunciat. l. 1. § si plura ff. ad Senatuscons. Turpillian. notat. Isernia in capit. 1. numer. 5. in fin. qui success. teneant. alias qui success. feud. dare tenean. & Afflictis ibi, n. 6. Camera d. cap. Imperialem, fol. 7. literis I. & K. & fol. 75. liter. V. cum pagina sequenti, Ponte cons. 3. ex numer. 1. ad 14. volum. 1.* Et qui habet plura iura renunciando vni alteri renunciare non videtur, *l. si mihi 20. ff. de seruitut. rusticor.*

leg.si domus tua 20.*ff.de seruit.urban.* Ergo ex simplici consensu dumtaxat confirmabitur hypotheca, vt valeat in præiudicium vtilis domini feudi, & eius successorum, non vero in præiudicium domini directi, qui non consentit, vt ius suum remitteret, cum res ad eum deuoluatur, de quo præiudicio non est cogitatum. Iniquum enim esset, nocere quem sibi circa incogitata, *l.qui cum tutoribus 9.l. cum Aquiliana 5.ff.de transactio. l. mater. 19.ff. de inofficioso testament. Isernia in dict.cap.1.numer.5.qui success.feud. dar. tenean. Afflictis ibid.num.13.in fin. Bursatus consil.171.nu. 26.volum.1.*

43 Quarto quoniam proprij iuris remissio, aut renunciatio in dubio nunquam præsumitur quia nemo intelligitur sua iactare, *l.cum de indebito 25.ff. de probation.* Renunciatio enim, & remissio proprij iuris censetur donatio, *glossa in capit. ex parte 12. verb. Dimittere, de offic. & potest.iud.deleg. Bartolus in l.si fraudator 25.in princip.ff.quæ in fraud.cred.Baldus in Rubric. numer. 7.Cod.de reuoc. his, quæ in fraud.& in leg.pactum curatoris 22.numer.1.de pact. Tiraquellus in l.si vnquam, verb.Donatione largitus, ex num. 171.C.de reuoc.donatio.Couarr.libro 2.variar. capit.4.num. 8.Afflictis decis.322.ex num.2.Cephalus cons. 445.numero 11.volum.3.Nauarrus de spolijs, §.15.num.5. Ceruantes in l.6.Tauri num.70.* Donatio autem nunquam præsumitur, *d.l.cum de indebito. leg.si cum aurum 50.ff.de solution. capit. super hoc 5.de renunciation.capit. quia verisimile 10.de præsumpt.* Atque ita renunciationem non præsumi, tradunt *Iaf.in l.2.num.224.C.de iure emphyteu.Gregor. Lopez in leg. 13.titul.11.part.5.gloss.6.Ioan. Lupus in repetit.Rubrica de donat.inter, §.6. numer.11 Mascardus de probation. conclus. 1270.ex num.1.volum.3. Menoch.lib.6. præsump. 41. Paz in prax.1.tom.4.par.cap.3.num.31.circ.fin.* vbi quòd renunciatio est stricti iuris, & in ea non veniunt, nisi quæ exprimuntur. Sed in assensu simplici nò continetur expressa renunciatio directi domini in casu deuolutionis iuris resolutionis hypothecarum, quod de iure ordinario domino competit, ex regula, quòd resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *iuxta textum in dict. l. lex vectigali, ff.de pignor.* Ergo ei iuri non censetur renūciatum ex simplici assensu.

44 Quinto, quia creditor simpliciter assentiens venditioni hypothecæ sibi non præiudicat, quominus cùm voluerit agat hypothecaria, donec exigat sibi debitum: nam ideò permittere videtur venditionem, quia scit, pignus sibi durare, *l.sicut 8.§.non videtur, ff. quibus mod.pign. vel hypothec.solu.* Ergo simili modo in proposito casu dominus simpliciter assentiēs, quia scit, sibi durare ius liberæ deuolutionis, sibi præindicabit.

45 Sexto, quoniam assensus operatur, vt valeat contractus, quantum posset valere, si posset fieri sine assensu, vt docet *Isernia in cap.Imperialem, in princip.num.11.circa fin.de prohib.feud. alien. per Federic.* Sed si obligatio feudi fieri posset sine assensu, valeret dum res feudalis manet apud dominum vtilem, & eius successores, & non in casu deuolutionis, quo contingente resolueretur, *iuxta dict.leg.lex vectigal.ff.de pignor.& in capit.1.§.quid ergo, di inuest.de re alien.fact.& in c.1.§.rursus, quib.mod.feud.amit. tat.notat.Decius consil.607.num.* Ergo 12. cum assensu simplici valet eo modo, & non vltra.

46 Septimo, quia simpliciter assentiens alienationis rei, per conditionale fideicommissum sibi relictæ, non præiudicat sibi eueniente conditione fideicommissis, quin rem petere possit, *leg.si fundum per fideicommissum 94.ff.de leg. 1.vbi ex eo notat Bartolus num.1.Alexand.consil.40. numer. 10.lib.4. Afflictis in d.cap. 1. numer.14.in fin. qui successor feud.dar.tenean.Bursatus d.consil.171.num.27.volum.2.* Ergo dominus directus simpliciter assentiens obligationi rei feudalis non præiudicat sibi, quominus contingente casu deuolutionis res ad ipsum libera reuertatur.

47 Octauo, quia in generali loquutione, non comprehenditur persona loquentis, *l.inquisitio 18.C.de solut. vbi gloss.1.l.Lucius Titius, la 2. seu 40.§. Lucius Titius, ff. de fideicommiss. libert. & ibi Bart. l.si peculium 6.§.ficus, ff.de pecul.legat.l.si mercedem 53.§.si habitatoribus, ff.act. empt. Hipol.de Marsil.in l.1.§.si seruus, ex numer.1.ff. de quæst. Alexand.cons.233. num. 14. libro 6. Antonius Gabriel. libr.6. commun.titul. de verborum significatione conclus.9. Medices tract.de legibus, part.4.quæst.3.ex num.7 Surdus decis. 13. numer.12.Parladorius lib.1.rerum quotid.capit.3.§.1. num. 35.Paulus Æmilius tractatu de exceptionibus, part.1.tit.1. exceptione 1. num.103.* & res est vulgaris. Ergo in assensu concedente simpliciter contrahi hypotecam rei feudalis in præiudicium succedentium, aut asseccurantis obligationem contra quoscunque non comprehenditur persona domini assentientis, vt rectè notat post *Isern. Afflict. vbi supra dicto num.14.*

48 Nono, quoniam in assensu subintelligitur clausula, *rebus in eodem statu manentibus capite quemadmodum 25.de iure iurando, l.quod seruius, & ibi Bart.ff.de condict.ob causam, Lucas de Penna in l.cum allegatis 5.C. de re militari, libro 12.Prosequitur Bursatus dict.consilio 171.numero 21.libro 2.Castillo quotid.controuersiarum libro 4. capite 59. 60. & 61.* latissimè. Cum ergo per deuolutionem, de qua non est dictum, neque cogitatum, mutetur status ei, non debet in eo casu assensus effectum habere.

49 Decimo, quod magis est, quoniam iste assensus non est præstitus per dominum nostrum Regem, sed per Proregem. Prorex autem non potest assensum præbere, vt fiat præiudicium Regiæ Cameræ, seu Fisco in casu deuolutionis, ex quo per pragmaticam nouem capitum, quæ est *pragm.4.de feudis,* prohibetur præstare assensum, vbi alienatur feudum à non habente successorem: Idque non alia ratione, nisi quia infert præiudicium deuolutioni, vt expendit *Ponte de potestate Proreg. titulo 6. in principio, numero 34.& 35.* distinguens assensum Regis, seu legis, ab assensu Proregis, *& titulo 8.§.11.numero 26.* Ergo assensus est interpretandus eo modo, quo valere potest, & non vt præiudicet Fisco in casu deuolutionis.

50 Neque aduersus hanc sententiam quid quam faciunt fundamenta contrariæ supra expensa, *numero 31.& num. 33.* Nam in primis, quod dicitur, posse dominum sibi præiudicare in constituenda hypotheca libenter concedimus, qua enim fronte negaremus hanc potentiam? Sed dubitamus de voluntate domini, & illam negamus, quoties aliter de ea non constat, quàm ex simplici assensu, non expreso casu deuolutionis.

51 Quod verò in eodem *numero 31.* additur ex doctrina *Bartoli in l.in diem.ff.de aqua pluu. arcend.* dicentis, hypothecam constitutam in re eum assensu eius, ad quem est reuersura, durare etiam si ad eum res reuertatur, dicendum est, esse verissimum, eo tamen dumtaxat casu, si, inquam, posset ille, qui hypothecam imponit super re, ipsam hypothecæ subijcere in suum præiudicium sine licentia eius, ad quem res est peruentura, vt contingit in re emphyteutica, vel vendita cum pacto de retrouendendo. Nam eo casu, si res sine eius assensu obligetur, sortietur effectum obligatio donec fuerit res apud obligantem, aut habentem causam ab eo, verùm si res reuertatur ad illū, ad quem pertinere debet in aliquo casu, ad illū libera redibit *iuxta text. in d.l.lex vectigali, ff.de pignor.*

52 Qua

52 Qua ratione antiquo iure feudorum attento, quod licebat vassallo constituere seruitutem, vel hypothecam in feudo in sui præiudicium, sine assensu domini directi, res feudalis ad dominum deuoluta ex causa inuoluntario, libera reuertebatur ad dominum directum, resoluta hypotheca, quæ erat ius accipientis, cùm resolutum quoque esset vtile dominium, quod erat ius dantis, in quo hypotheca, vel seruitus fundabatur, *iuxta textum in d.c.1.§.quid ergo, de inuestit.de re alien.facta.*

53 Quo eodem antiquo iure attento, si res feudalis simplici assensu domini directi impetrato hypothecæ subijceretur, hypotheca sic contracta duraret, etiam si res ad dominum directum deuolueretur. In quem sensum accipiendus est *Boerius decis.181.num.4. Cassaneus in consuetud.Burgund.Rubric.3.§.8. verbo, En alienation. numer. 35. cum seqq.Cacheran.decis.156.numer.15.* qui videntur præsupponere, vassallum posse constituere seruitutem, aut hypothecam iure validam super feudo, atteto iure suarum prouinciarum. At hodie nouiori iure feudali attento *in dict.capit.Imperialem, de probib.alien.feud.per Federic.* secus est, & multo aliter est dicendum, & planè hanc doctrinam tradit *Isernia in capit.1.§.sed nec est alia iust. numero 38.quæ sit prima caus.benefic.a mittend.Rosental.de feudis, cap.9.membr.1.conclus.38.numero 13.& ibi liter.G.* refert plurimos.

54 Sed cur ita tam variè? Ratio disparitatis est in promptu, nam in casu, quo obligatio, & hypotheca consistere potest sine assensu, assensus domini directi requiritur propter solum vnum effectum, videlicet vt valeat hypotheca in præiudicium domini, quoniam illo secluso valeret obligatio in præiudicium vassalli, citra tamen domini directi præiudicium, & assensus aliquem effectum debet operari, *capit.relatum 4.de Cleric. non residenti, capit.in his 30.de priuil.cap.Abbate 25. verborum significatione*, nullum autem alium habere posset, nisi vt obligatio domino præiudicaret, & ita illum habere debet. At attento iure hodierno assensus requiritur propter duos effectus. Primus est, vt hypotheca valeat etiam in præiudicium vtilis domini, quomodo citra assensum valere nō posset. Secundus vt valeat in præiudicium domini directi. Quare dato simplici assensu, solum operatur primum effectum, non secundum, vt in simili notat *Isernia in capit.1.num.6.in fin.& numer.7.qui successor. tenean.aliàs, qui success.feud.dare tenean.& in d.cap.1.num.38. quæ sit prima causa benef.amit.faciunt quæ congesit Gratianus tom.2.discept.forens.capit.327.ex numer.14.& tomo 3.capit.519. ex num.7.*

55 Non item obstat argumentum desumptum ex *Isernia*, quo vtuntur *Pistor.& Fachineus*, relatum *supr.numer.33.* ductum à similitudine contractus venditionis, & hypothecæ. Nam disparitas inter duos istos contractus, quam isti Doctores non inueniunt, est euidentissima. Etenim cùm feudum venditur cum assensu, dominium vtile vassalli vendentis transit in emptorem, & nullum reliquum ius manet venditori super feudo; quia per venditionem resoluitur quidquid ad eum pertinet, & in emptore transfunditur, vt rectè notat *Euerardus in locis legalibus loco 30.ab emphiteusi ad feudum, numero 6. Scraderus de feudis, part.8.capit.4. numer.34.* Quare post illam iuris translationem, etiam si accidat casus venditori, in quo feudum ad dominum esset deuoluendum, si feudum apud ipsum maneret, nihil deuoluitur, aut deuolui potest, quia nihil iam habet ille venditor, qui fuerat vassallus, quòd deuoluatur, neque potest verificari regula, quòd resoluto iure dantis, resoluatur ius accipientis quia dans nullum ius habet, quod resolui possit. At cùm feudum obligatur à vassallo, cum assensu domini, directi, secus est, nam manet sub dominio vtili eiusdem vassalli, atque ideo si accidat casus deuolutionis, deuoluitur feudum ad dominum directum, & eo deuoluto resoluitur ius, quod habet dominus vtilis, seu obligans feudum: quare resolui quoque debet ius accipiētis, seu eius, in cuius fauorem hypotheca feudi fuerat contracta. Quam diuersitatem obseruat *Afflictis in d.c.1.n.15.& 16.qui success.feud.dar.teneant.* Hæc quod attinet ad primam quæstionem.

56 Quantum ad secundam quæstionem, ad quam pertinet propriè præsens casus. Prima sententia fuit quorundam, qui sentiunt hypothecam semel contractam, cum assensu conseruari in feudo, etiam deuoluto ad dominum directum, quamuis assensus fuerit expeditus cum clausulis consuetis, *natura feudi in aliquo non mutata, iuribus Regiæ Curiæ semper saluis, &c.* ex istis sunt *Freccia de subfeud.libr.2.authoritat.29.numer.8.* facit quod tradit eodem libro 2.§.duodecimo quæro, num.13. *Harthmann. Pistor. libr.2.quæst.48.numer.22.& 32. Fachineus controuersia.iur. libr.7.capit.56.Scraderus de feudis, part.8.cap.4.numer.34. versic.Secundo hæc conclusio.* Fundamenta huius sententiæ inferius referentur, & diluentur.

57 Secunda nihilominus sententia communis, & verafuit, assensum præstitum à domino directo pignorationi feudi sub clausulis consuetis, *natura feudi in aliquo non mutata iuribus Regiæ Curiæ semper saluis*, reseruare domino directo omnia sua iura, tam, inquam super seruitio, quàm super deuolutione libera, & non operari præiudicium domino directo, quominus feudum ad illum deuoluatur liberum, cùm acciderit casus deuolutionis inuoluntariæ, & resoluatur omne onus feudo impositum resoluto iure dantis, seu illud imponentis. Hanc sententiam planè insinuat *Isernia in capit.1.numer.7. qui succes.teneant.* agens de hac clausulâ, *saluo iure seruitij, &c. & in cap.1.numer.38. quæ sit prima causa benef.amitt. vers. Consulendum est*, agens de eadem clausula, expressius amplectitur *Cardinalis Alexandrinus in cap.1.§.quid ergo, numer.2.versicul.Quero insuper*, vbi ait, *sint ergo cauti domini, qui consentiunt obligationi feudi, vt illam clausulam apponant, saluo iure nostro feudali de inuestit.de re alien fact.Idem Afflictis numer.3.Laudensis numer.11.in fin.idem Afflictis in capit.1.numer.6.in fin.& numera 3. circa finem, versic. Sed an Rex, qui success.feud.dar.teneant. Vdalricus Zasius de feudis, part.6.numer.18.& part.9. numer.44. Pascus de redintegrat.feudor.capit.258.* pone, quòd vassallus, numero 3. & 4. *Rosental de feudis, capit.9.membr.1.conclus.13.ex numer.4.& conclus.38.ex numer.4.Bursatus cons.80.numer.25.& 26.libr.1.& cons.171.ex numer.15.libr.2.* vbi ex professo hanc sententiam probat, & ad omnia fundamenta contrariè respondet; & in fine illius consilij refert, secundum hanc sententiam iudicatum, & executum. In eadem videtur esse *Petrus de Gregorio*, loquens in fortioribus terminis, *de concessione feudi part.8. quæst.15. numer.2.* Eam tuetur *Ioann.Garcia de hypothecea post contractum, num.7.cum seqq.(Mantic. de tacit.& ambig. conuent. tit.31.num.72.) & Franciscus Niger Ciriacus*, multò post scripta editus, *libr.3.controuers.forensium controuersia 446.* qui ait *ibi sub numer.3.vers.Nihilominus*, hanc opinionem esse crebriorem, & duplo communiorem quàm oppositam.

58 Hæc sententia probatur primò, quoniam istæ clausulæ non ob alium finem adijciuntur in assensu, nisi vt significent, dominum directum nolle sibi præiudicare, neque iuribus suis acquisitis ex prima inuestitura nocere

cere in quocunque casu, vt prosequitur *Marta de clausulis, part. 2. clausula 35. ex numer. 1.* præsertim *numer. 8. & Bursatus d. cons. 171. num. 18. 19. & 20.* & de vi huius clausulæ, *saluo iure*, latè *Felinus in cap. inter monasterium 20. numer. 3. de re iud.* Ergo conseruant iura domini directi, alioqui nullum alium effectum haberent; & sine effectu esse non debent, *l. quamuis 11. ff. de in ius vocand. leg. si per alium 5. §. docere, ff. ne quis eum, qui in ius voc. est vi exim. l. si quando quis vxori 109. in princip. ff. de leg. 1. l. vltim. Cod. de donat. l. 3. §. nè frustra, ff. de iur. iurand. Baldus in Rubrica, numer. 16. C. de contrahend. empt. Socin. liter. V. regul. 7. aliàs regula 535. Simon de Pratis de interpret. vltim. volunt. libro secundo interpretation. 3. dubit. 2. solutione 5. ex numer. prim. Mantica de coniectur. libr. 3. titul. 6. & libr. 12. titul. 17. num. 4. & de tacit. & ambig. conuention. libr. 2. titul. 12. ex numer. 1. Menochius de præsumpt. libr. 6. præsumption. 6. ex numer. 6. Peregrinus de fideicommiss. artic. 5. numer. 17. & art. 7. num. 17. & 45.* cum plurimis omissis. Ius autem domini directi est, vt feudum liberum deuoluatur, quoties deolutum fuerit inuoluntariæ, nisi appareat de expressa contraria eiusdem domini voluntate, vt dictum est supra, & constat ex *d. §. quid ergo in c. 1. de inuest. de re alien. fact. & in capit. 1. §. rursus, quibus mod. feud. amittat.* Ergo virtute harum clausularum insertarum in assensu feudum deuoluitur ad dominum directum liberum ab omni onere.

59 Secundo probatur textu ineuincibili (quoad eam probandam vtuntur *Zasius*, & *Afflictis*, aliique relati *supr. numer. 57.*) *in l. si debitor. 4. §. si in venditione, ff. quib. mod. pignor. vel hypoth. solui*, vbi si creditor pignus à debitore vendi permittat, salua sui pignoris causa sibi non nocet. Ergo neque dominus directus sibi nocebit, dum permittit hypothecæ subijci suam rem, saluis suis iuribus.

60 Neque satisfacit *Pistor. dict. quæst. 48. num. 32.* dum ait, illam clausulam; *saluis iuribus*, ita accipiendam, nè sibi contradicant contrahentes: at dominus directus sibi contradiceret, si dum semel assensit pignorationi, per illam clausulam reseruaret sibi resolutionē pignoris contracti. Nam negandum est, dominum contradicere sibi, qui cùm posset in duobus casibus pignus permittere, in vno solum permittit, alium verò sibi reseruat. Vnus casus est vt pignus contrahatur in præiudicium vasali, & eius successorum: & hoc dominus permittit. Alius casus est, vt valeat in præiudicium domini directi in casu deuolutionis: id verò non concedit, sed in eo casu iura reseruat. In quo nulla repugnantia, est nulla contradictio, nulla prioris dispositionis correctio, sed explicatio, & limitatio ne censeatur vaga, & ad omnes casus extensa, vt planè sensit *Isernia in capit. 1. num. 5. & 7. qui success. teneantur.*

61 Non item satisfacit Fachineus, dum ait, dictam clausulam, *saluis iuribus*, operari tùm, vt saluum maneat domino ius directum; tum etiam, vt feudum deuoluatur. Non, inquam, satisfacit quoniam assensus hypothecæ simpliciter præstitus nullo modo potest impedire deuolutionem feudi aut repugnare dominio directo: atque adeo etiam si in assensu hypothecæ non apponeretur illa clausula, *saluis iuribus*, maneret saluum domino ius directum item maneret salua deuolutio, quæ nullatenus per hypothecam tolli posset neque, vero agitur inter partes ipsas, vt tollatur. Ergo ista clausula manet omninò sine effectu cum effectus illi excogitari à Fachineo, etiam seclusa clausula remaneant.

62 Neque obstat, quod ista clausula, *saluis iuribus*, non operatur super eo, super quo principaliter fuit dispositum per prestationem assensus sed ad alia refertur, vt docet *Paulus Castrensis cons. 311. numer. 2. volum. 1. Isernia in d. capit. 1. §. quid ergo, numer. 5. in fin. versicul. Alij putant, de inuest. de re alien. fact. & in capit. 1. numer. 6. & 7. qui success. teneant. Frece de subfeud. lib. 2. authoritate 29. numer. 8. Paris de Puteo de redint. feud. cap. 256. pone, quod vassallus, numer. 12. Ioann. Thomas de Marinis de feudis, titul. 19. numer. 15. Vrsillus ad Afflictis decis. 112. numer. 9. & ad decis. 355. num. 7. Natta cons. 403. num. 7. volum. 2. Menoch. cons. 378. ex num. 42. lib. 4. Ludouicus Gomez*, qui plura cumulat *in regulam Cancellar. de iure quæsito non tollendo, quæst. 1. circa finem, in versic. Postremo, marta de clausulis, 2. part. clausul. 35. numer. 3. Pistor. quæst. iur. libr. 2. dict. quæst. 49. numer. 22. & 32. Fachineus libr. 7. controuers. capit. 56. in fin. Franciscus Niger Ciriacus controuers. 447. num. 4.*

63 Non, inquam obstat, id enim libenter concedimus, clausulam in expressis non operari: at in non expressis, neque subintellectis ex natura contractus, planè illum restringit, ac limitat, significatque, dominum directum nolle sibi suisque iuribus præiudicare in ijs, que non exprimit, notat *Ioannes Vincentius de Anna allegatione 67. num. 21. & 22.* In casu autem, de quo loquimur, non est expressus casus deuolutionis. Ergo per dictam clausulam reseruauit sibi dominus directus iura recipiendi feudum liberum ab omni onere in casu deuolutionis. Nam qui consentit, rem feudalem, in qua habet directum dominium ab alio possessam, subijci obligationi, vel hypothecæ, quæ ipsi rei sine eius consensu imponi non potest dumtaxat videtur consentire, vt subiaceat oneri donec ab illo qui eam possidet, successoribusque ab eo causam habentibus possideatur: non verò in eo casu, quo res ad ipsum dominum est peruentura, vt præiudicet sibi, suaque iura remittere censeatur, Quoniam cùm consensus propter duo requiritur, & in vno adhibetur, reseruato altero, solum operatur in expresso, & casus non expressus manet exceptus, vt superius aduerti, & manifestè probatur ex *textus in dict. leg. lex vectigali, ff. de pignor.* & notat *Isernia in capit. 1. numer. 7. & 9. qui success. teneant.*

64 Neque item his obstat replicatio *Pistoris*, aduersus hanc doctrinam *d. quæst. 48. numer. 32. versicul. Neque huic solutioni*, videlicet eum, qui in feudo sibi pignoris nomine cautum esse voluit, non tàm ad vtile dominium solummodo respexisse, quàm eo vt tale ius in feudo nanciscatur, quod cùm re ipsa ad quemuis possessorem transeat, siuè feudum ad alium, siuè ad dominum peruenerit, & sic hypothecam acquisitam esse pro acceptore, & suis heredibus perpetuo, vt significat *Isernia in cap. 1. §. quid ergo, numer. 5. in fin. versicul. Alij putant, de inuest. de re alien. fact.* Non inquam, vrget hæc replicatio. Primò, quia nos non spectamus, quid petat, aut quid sibi velit qui pignus accipit; fortassis enim ille sibi cautum vellet in omni casu: sed quid velit dominus, dum pignori contrahendo assentitur, qui non assentitur simpliciter, & in omnem casum, sed limitatè, & iura sua reseruans, taxans, & limitans suum consensum, vt rectè considerauit *Isernia*, loquens in terminis *in cap. 1. num. 7. qui successor. teneantur. & ad eum locum Liparulus liter. B. ad verbum, Quia taxauit, & limitauit*, faciunt quæ tradit *Camerar. in cap. Imperialem, fol. 45. colum. 3. liter. N.* Etenim non attenditur in priuilegijs, aut concessionibus Principis, quid supplicans petat, sed quid Princeps concedat. Atque ita assensus sub ijs clausulis concessus habet effectum, vt valeat pignus, dum feudum apud vassallum obligantem, aut eius successores permanserit, sed non

vltra

vltra, cùm feudum ad dominum deuolutum fuerit; quẽadmodum valeret antiquo iure feudorum hypotheca, sine assensu; quæ tunc ita constituerunt, vt nihilominus resoluto iure dantis, resolueretur ius accipientis, vt in *dict. capit. 1. §. quid ergo, de inuest. de re alien. fact.* cum alijs.

Secundò, quoniam cùm assensus sit stricti iuris, & gratia, vt diximus *supra numer. 9.* qui illum petit, claris, & expressis verbis vti debet, cùm eum petit, exprimendo omnes casus, in quibus vult assensum impetrare: alioqui non censetur velle impetrare ad alios effectus; aut casus quam ad expressos: & verba aduersus eum sunt interpretanda, cui liberum fuit verba petitionis latè concipere, *leg. quidquid astringendæ 99. ff. de verborum obligat.*

Tertiò, quia cùm vtilis dominus feudi in feudo non habeat, nisi vtile dominium, illud solum censetur obligare: cùm à domino directo impetratur assensus ad contrahendam hypothecam; non petitur assensus, vt maneat obligatum dominium directum; sed vt liceat vtili domino subijcere obligationi, quod apud ipsum est: & assentiens dominus de suo nihil dat, sed solum remouet impedimentum vassallo, vt de suo disponat, vt planè sentit *Isernia in capitul. Imperialem, numer. 11. de prohib. feud. alien. per Feder.* notat *Camerarius ibidem, fol. 43. liter. R. cum sequentibus Freccia de subfeudis, libr. secundo §. vigesimonono quæro, numer. 3. Afflictis in Constitut. Cùm circa iustitiæ. numer. 14. libr. 1. Rubric. 71. (Ponte de potest. Proreg. titul. 8. §. 11. numer. 17. 18. & seqq.) Rosent. de feudis, capitul. 9. membr. 1. concl. 38. nu. 4. in & lit. C.* refert plurimos. Igitur eueniente casu, quo resoluatur dominium vtile obligatur consolideturque cum directo, necesse est corruere hypothecam supra ipso fundatam: quemadmodum hypotheca supra vsufructu cõstituta corruit, si vsufructus finiatur, vt in *l. grege 13. §. cùm pignori, ff. de pignor.* & hypotheca super annuo reditu, seu censu si census redimatur: non enim conseruatur accidens sine substantia, & non entis nullæ sunt qualitates, notant *Ioann. Garcia de hypothec. post contractum, num. 13.*

65 Ex quo obuiter satisfit alij argumento, quo vtitur *Pistor.* ad suam opinionem comprobandam, *dict. quæstion. 48. numer. 19.* Nempè, quod hypotheca sit ius reale, quod cum rei ipsa transit ad quemcumque peruenerit: quo fit, vt semel in feudo fundata domini consensu comitatura sit feudum etiam ad dominum reuersum. Facilè, inquam, satisfit. Nam tunc hypothecæ seu pignoris ius, rei impositum, firmum est, & coæuum eidem rei seu eiusdem durationis cum ipsa, quoties res pleno, & irresolubili iure pertinet ad constituentem in re pignus, vel hypothecam, & tunc rem sequitur, quocumque peruenerit: sed cùm res pertinet ad constituentem, pignus, vel non pleno iure, vel iure resolubili, & extinguibili, non plus durat hypotheca, quàm ius oppignorantis, rẽ in quo fundatur, *d. l. grege 13. §. statu liber. & §. cùm pignori, & § in superficiarijs, dict. leg. lex vectigali 31. ff. de pignor. leg. 1. & 2. Cod. si pignus pignor. dat. sit* & dixi *supr. numer. 29. in fin. post Tiraquellum, & Vincentium de Franchis*, ibi allegatos. Ita fit, vt quoniam res feudalis ad vassallum nõ pertinet pleno iure, sed dumtaxat quoad dominium vtile, quod ius resolubile est iuxta pacta, & conuentiones inuestituræ, ius hypothecæ, quod in ea constituit vassallus, etiam cum consensu domini, qui nil aliud facit assentiendo, quàm permittere, vt vassallus obliget quod habet in feudo, sine qua permissione id etiam non posset efficere, resoluatur resoluto vtili dominio, & consolidato cum directo quoties feudum ad dominũ directum deuoluitur.

66 Tertiò principaliter probatur prædicta sententia, quoniam dominus facilè, & gratis concedit vassallo petenti assensum ad obligandum feudum; quem etiam prestare tenetur, & denegare non potest, quando non habet iustam, & probabilem causam illum denegandi, vt notat *Afflictis in Constit. Si quis post litem numer. 22. libr. 1. Rubr. 97. & ibidem Isernia (idem Afflictis in cap. feudum ea lege, numero 10. si de feud. fuerit controuers. inter dom. & act. Pont. consil. 2. ex numer. 1. volum. 1. Tapia iuris Neapolit. libr. 6. in Constit. Constitut. diuæ memoriæ, numero 7. Surd. decision. 220. ex numer. 54.) Camerarius in capit. Imperialem, fol. 30. ex liter. A. versicul. His tamen non obstantibus, Ioannes Vincentius de Anna allegatione 39. ex numer. 5. Freccia de subfeudis, libr. 2. super Constit. Constitutionem diuæ memoriæ, numero 77. & 78. Galuppus in Methodo iuris feudalis, secunda parte cap. 1. numer. 27. cum sequentibus, Loffredus in Paraphrasibus feudalibus, in capit. 1. §. donare (qualiter olim feud. poterit alienat, fol. 23. à tergo,) versicul. Vidi aliquando dubitari*, & si denegaretur assensus vassallo, cùm ab antiquo solitum sit indifferenter concedi, illi fieret iniuria argumento *textus in leg. 1. §. permittitur*, ibi: *Nec est hoc beneficium, sed iniurias si quis forte non impetrauerit, ff. de aqua quot. & estiua*, vbi notat *Bartol. numer. 1. & glossa vltima* notatu digna *in capit. vltimo, distinctio. 100. Gregor. Lopez in leg. 2. titul. 9. part. 2. gloss. 5. (Surd. decis. 220. numero 55. Molina de primogen. libr. 2. capit. 7. numero 38.) Castillo*, qui multa allegat *quotid. controuersi. de tertijs, tomo 7. cap. 9. numer. 53. Petrus Gregorius de Republica libr. 9. capit. 1. numer. 34. in fin.* Ergo per assensum dominus non obligatur ad soluenda debita vassalli ex prætio sui feudi, (vt notat *Iacobin. de Sanct. Georg. in inuestitura feudali, verb. Qui quidem inuestiti, num. 64.*) alioqui per inuestituram, & assensum, quem ex ipsa præstare tenetur obligaretur ad fideiubendum pro vassallo, quod est inauditum, & expressè negatur in dicto rescripto anni 1640. post hoc scriptum expedito, quo (circa finem illius) asseritur, non esse obligatum dominum ad concedendum assensum in præiudicium deuolutionis. Imò verò dominum manere obnoxium isti obligationem ex assensu, semper esset iusta causa denegandi assensum. Neque istam obligationem voluntariam Dominus susciperet gratis præstando assensum, sed vellet accipere pro illa pretium, & satisfactionem aliquam; quod nunquam facit. Ergo signum euidens est, dominum per assensum nullam obligationem suspicere, aut incurrere supra se, aut suum feudum pro illo tempore, quo ad ipsum deuoluatur.

67 Quarto, in Regno non potest hæc res in controuersiam, & dubium reuocari, est enim expressa lege decisa: Nam *in libro Capitulorum Neapolitanorum, fol. 171. à tergo in Capitulis Matritensibus, anni 1580.* expenditis per sapientissimum Regem Dominum nostrum Philippum Secundum, fœlicis recordationis, *capit. secundo*, contento *in pragm. 23. de feudis*, quæ est in nouissima compilatione *pragmat. 24.* ita habet: *Que si bien la concession de los assensos para obligar bienes feudales à la consecucion de las dotes y de pendientes de las mismas dotes, y bienes las mugeres se entiende, que esta hipoteca comprehende la seguridad de todos aquellos que pueden tener derecho à las dichas dotes, lo mãde vuestra Magestad declarar assi. Supradictum capitulũ fuit concessum in parlamento generali celebrato in anno 1570. Placet sua Regia Catholica Maiestati in hoc Regni votis annuere, citra tamen præiudicium Regia Curię quandocunque, & quomodocunque dicta feuda ei deuoluerentur.* Hactenus Capitulum: cuius etiam meminit *Ponte de pote-*

stat. proregis, titul. 6. in principio, numer. 32. In quo multa occurrunt expendenda. Primum, quod loquitur in causa dotium, quæ semper, & vbique præcipua est, *leg.* 1. *ff. solut. matr.* & maximè priuilegiata, vt ibi asserunt Doctores omnes. Secundò, quòd loquitur de assensu legis, & Regis, qui est potentior, amplior, & efficacior, quàm assensus Viceregis, & hominis iuxta adnotata ab eodem *Ponte ibidem, ex numer.* 34. *& Rouito in pragmat.* 2. *numer.* 4. *&* 5. *de feudis*. Et tamen in hoc assensu potentiori, efficaciori, & magis priuilegiato est aperta Regis voluntas, quæ excipit casum deuolutionis, in quo non vult præiudicari iuribus Regię Curię, neque creditores dotium assecurari super feudis, casu, quo ad Regiam Curiam deuoluantur, cum præiudicio eius iurium, quæ salua sibi, & integra vult reseruari, quod esse iuribus conforme sentit *Surdus d. decis.* 286. *num.* 12. 14. *&* 15. Ergo id multo magis dicendum est in casu, de quo agimus, in quo assensus est præstitus per Proregem, non super contractu dotali, sed super contractu obligationis pro euictione, cum expressa clausula reseruationis iurium Regiæ Curiæ.

68 Quintò tandem, quoniam iniquissimum, esset, aperiri viam tàm amplam, tàm planam, & expeditam illudendi Fiscum, & fraudandi Regium patrimonium, si permittendum esset, quemuis emere feudum, multisque annis emptorem illo frui, & multis etiam fortasse sæculis descendentes ex ipsius corpore gaudentes emolumentis, & commoditatibus feudi, honoribus, & præminentijs, maiori in pretio habitos inter Ciues æquales, aut fortè nobiliores; & post recuperare à diuersis creditoribus sub obligatione feudi cum assensu, qui quouis quæsito colore facillimo negotio impetratur gratis, diuersas quantitates, quę æquent, aut etiam excedant integrum pretium, quod pro feudo solutum fuit ab auis, aut proauis eorum, expendereque illas superfluis sumptibus, aut donando, aut luxuriando in ludis, & meretricationibus; quoniam suspicatur postremus, se descendentes non habiturum, fortassis ex filio infirmo, aut impotenti, qui vel nubere nolit aut sterili nupserit, & ob lineam finitam feudum ad Fiscum esse deuoluendum; temporeque deuolutionis deuoluere ad Fiscum rem de solo titulo, & nudum feudi nomen; cum Fiscus maneat obligatus ad soluenda debita feudatarij, idest restituendum integrum pretium, quod habuit ab emptore feudi, tot annis ab eo retrò possessi, aut paulò minus, Hanc dicamus deuolutionem, an non potius feudum à Fisco venditum cum pacto de retrouendendo, vt non possit deuolutione frui, nisi soluto, & restituto pretio feudi, quod ab emptore habuit? Sed & maior erit iniquitas, si ponamus, feudum gratis donatum esse vassallo in remunerationem seruitiorum, aut ob meram gratiam Regis, & post oneratum a possessoribus, & tandem deuolui ad Fiscum ob lineam finitam: dicemus dominum non posse frui feudo donato vassallo, nisi illud emat soluendo eius debita? quis id sibi persuadebit?

69 Neque obstat, quod posset quis obijcere, videri in hoc Regno esse certum, hypothecam contractam cum assensu transire in Fiscum, ex mente *pragm.* 4. *in* 2. *capite de feudis*, quatenus ibi statuitur, non debere concedi in feudorum alienationeassensũ, nisi sub clausula, *dummodo habeat successores*, ea videlicet ratione, quoniam cum alienatio debeat Fisco præiudicare, noluit lex consentire Fisci damnum, quod tàm de proximò speratur si feudatarius successore careat, sublata eo casu deuolutione, Ergo si hypotheca ad Fiscum non transiret, superflua esset illa clausula, siquidem nullum damnum inferretur Fisco, si feudum omni casu esset deuoluendum liberum ab hypotheca, siue habeat feudatarius impetrans assensum, siue non habeat successores. Non inquam, obstat, quoniam respondetur, *pragmat. quartam*, dum statuit, assensum non esse prẽstandum, nisi sub clausula, *dummodo habeat successores*, loqui dumtaxat de assensu, quoad alienationem feudi, per quam transfertur dominium, non de illa, ex qua solum constituitur hypotheca, vt egregiè notarunt *Lanarius consil.* 87. *Ponte de potestat. Proregul. titul.* 7. §. 4. *&* §. 8. *numero* 5. *Rouitus in dict. pragmat.* 4. *numer.* 17. Quòd si Officiales Regiæ Cancellarię non distinguentes casum hypothecæ a casu dominij, clausulam illam in assensu quolibet apponunt, eo quòd abundans cautela non nocet, *legem non solent, ff. de regul. iuris, D. Augustinus libr.* 4. *de Ciuitat. Dei capitul.* 27. & volunt Fisci indemnitati pinguius, & clarius prouideri; non inde arguendum est, mentem legis fuisse, vt in casu hypothecæ, seu actiuæ, seu passiuæ illa clausula interponeretur, quę iure attento necessaria non erat, vt Fisci indemnitati prouideretur, ad quem simili modo semper feudum liberum deuoluendum est, iuxta superius dicta.

70 Item non obstat quod dicere posset quispiam, admissa semel hanc sententiã, vt censeatur hypotheca resoluta, quoties feudum ad Fiscum deuolutum fuerit, & redeat liberum ab omni onere, maximo affici incommodo, tùm credotores, tùm debitores ipsi: creditores quidem, qui contraxerunt, quoniam dum se securos credebant ex obligatione feudi, inueniunt se fraudatos, si deuoluatur, & eorum creditum sine securitate: Debitores verò, quia nullus erit, qui contrahat cum feudatarij, & qui velit, cum hoc periculo obligari sibi res feudales. Non, inquam, obstat. Primò, quod ad fraudem creditorum attinet, nam, vt rectè animaduertit *Baldus in c.* 1. §. *rursus, numer.* 2. *quib. mod. feud. amittat. & Ioannes Garcia, illum sequutus, tract. de hypotheca post contractum*, *numer.* 7. 11. *&* 12. cùm res super qua hypotheca constituitur, sit resolubilis ex natura rei, & extinguibilis, hoc scire debuit, qui cum vassallo contraxit, & sibi aliter cauere, & prospicere sibi aliunde, iuxta regulam *textus in l. qui cum alio contrahit* 19. *ff. de regul. iur.* & cogitare, quod res illa, quę hypothecę subdebatur, erat resolubilis ex natura ipsius contractus secundò quod atrinet ad debitores, tantum abest, vt illud sit in commodum, vt potius sit expetendum, & procurandum, non solum ob commmodum Fisci, verùm etiam ob publicam vtilitatem, & Regni totius interesse. Cùm enim publicè intersit, vt familiarum dignitas, & honor conseruetur *leg.* 1. §. *quamuis, ff de ventre inspicien.* notat post alios *Pelaez de maioratibus* 2. *part. quæstion.* 4. *illatione* 8. *numero* 11. *&* 113. *in nouis*, non est vllum efficacius medium ad hunc finem consequendũ, quàm feuda conseruari libera, & tuta à creditorum molestia; quibus si semel sunt obligata, raro videmus ab ipsis possessoribus liberari donec instantibus creditoribus vendantur. Ex qua venditione resultat oblimio, & obscuratio nobilissimarum familiarũ, deuenientibus ad vltimam miseriam, & pauperiem descendentibus ex dominibus nobilissimis, & magnis proceribus: & translatis antiquorum feudis in dominos extraneos, prẹteritorũ memoria obscurata, imo delata fuit. Id censeamus in commodum, quòd feudatarij non possint ad hęc incommoda deducere familiarum suarum dignitatem, non inuenientes, qui velint obligari sibi feuda;

da; an potius censebimus salutem Reipublicæ, incolumitatem honoris Regni, & tutamen dignitatis familiarum? Prudentum hoc iudicio relinquo, & sic spero, iustitiam suam Fiscum obtenturum, salua in omnibus, &c. & hæc lis hucusque nondum decisa est.

71 Hæc sunt, ex quibus colligo propositę disputationis resolutionem, videlicet hypothecam super feudo impositam cum assensu, extingui, & resolui per deuolutionem feudi ad dominum directum.

Rescriptum aut Regium, de quo supra mentionem feci, vt satisfaciamus curiosis, est tenoris sequentis.

EL REY.

Illustre Duque de Medina de las Torree, Principe de Estilano, nuestro Sumiller de Corps, Tesorero General de la Corona de Aragon, y nuestro Virrey, y Lugarteniente, y Capitan General. Hase considerado, que quando en este Reino suceden las deuoluciones de los feudas, à essa mi Regia Corte, vienen con tantas cargas, y deudas contraidas con assẽso, que si se han de satisfacer, viene à ser ordinariamente inutil la deuolucion de dichos feudos y sin beneficio ninguno de essa mi Regia Corte, y conuenendo preuenir esto de manera, que cessen los perjuizios tã grandes, que se entiende padece mi Real hazienda en las dichas deuoluciones; si bien parecerà, que quando los bienes feudales debueluen al senor del directo dominio, por auerse fenecida la linea, ò otro derecho feudal, auràn de quedar extintas todas las deudas; porque quedando resuelto el derecho del feudatario, loqueda tambien el de su acreedor que depende del, y que el assenso obra solamente por el tiempo que dura el derecho del feudatario, mayormente poniendo la clausula, saluos mis Rea les derechos. *Y que siendo la deuolucion por derecho, por auerse fenecido la linea, ò otro derecho feudal, conforme à las inuestiduras, Capitulos, y Constitutiones de este Reino, deue ser libre de codas las cargas que al feudo tuuiere sin que el assenso aya de obrar, sino es durante la vida de los comprehendidos an la sucession dél, toda via porque en este Reino se ha entendido, y practicado, que los pesos, y cargas queden, y se paguen à voluntad del acreedor sobre los feudos debueltos. Ha parecido por aora en cõformidad de lo que muchas vezes se ha recibido en esse Reino, aduertiros, que en caso de succeder la deuolucion de feudos con cargas, y deudas, se ha de tomar cession de los acreedores en fauor de mi Regio Fisco, para que se cobre lo que dichas cargas, y deudas importaren, assi por lo corrido, como por la que corriere delos bienes burgensaticos que posseyeren las personas en fauor. de quien se impusieron pues esto es, conforme à derecho, y no es justo, que de los bienes debueltos se paguen, sin cobrar despues el dinero que se conuirtiò en puro beneficio de los posseedores, ni el assenso puede tener otra inteligencia, antes se ha de regular conforme à la disposicion de las Leyes. Y assi os encargo, y mando, proueais, y deis la orden que conuenga, para que se vean, y reconozcan todas la deuolutiones que ha auido de feudos, y se miren las cargas que han quedado sobre ellos, y si se ha hecho esta diligencia de repartir lo que importan dichas cargas sobre los bienes alodiales, y burgensaticos, y sino se huuiere hecho, ordenareis al Abogado Fiscal de mi Regia Camera de la Sumaria de esse Reino, lo trate luego, y encamine, para que cobre todo lo que por esta razon se deuiere à essa mi Regia Corte. Y porque conforme dizen Autores graues de esse Reino, en los assensos se ponia clausula,* que los bienes feudales, tan solamente se entienda obligados en subsidio de los burgensaticos, y alodiales, *y si esto se huuiera continuado, no huuiera essa mi Regia Corte padecido tãtos danos, os informareis en que tiempo se ponia esta clausula en los dichos assensos, y porque se ha dexado de poner, auisandome con parecer de mi Consejo Colateral, y Camara de la Sumaria, de lo que cerca de esto os pareciere, y se os ofreciere que aduertir. Y siendo assi, que toda la difficultad que se ha ofrecido sobre esta materia, ha nacido de concederse los assensos à las hipothecas, y obligaciones solamente con la clausula,* dummodo habeant successores in feudis, & iuribus Regię Curiæ semper saluis *no auiendo obligacion de concederlos en perjuizio de la deuolucion, se podrà ver si esto se deue expressar en los assensos que se concedieren, con que parece vendrian à cessar las difficultades que en esto se ofrecen, y assi se discurrirà sobre este punto, con parecer del dicho mi Consejo Colateral, y Camara de la Sumaria, auisandome de todo con particularidad, y distincion, y de los motiuos que se ofrecieren à cada vno de los Ministros, que en esto interuinieren, y entre tanto hareis que se ponga en execucion, lo que por esta mi orden se dispone, y manda, y que en conformidad della, se cobren de los bienes burgensaticos las cargas, y deudas que huuieren quedado impuestas sobre qualesquier bienes Feudales, que se huuieren debuelto, y debolnieren à essa mi Regia Corte: No siendo justo, que esto se dexe de hazer en tanto perjuizio como se sigue. Y no dudo, que considerando vos el beneficio que desto se sigue, dexeis de poner todo cuidado en que assi se disponga y execute. De Madrid à 16. Setiembre 1640. YO EL REY. Carnero Secretario, con las señales del Consejo.*

SVMMA DISPVTATIONIS Vigesimaquartæ.

1 *Cùm pignora executionis venduntur, vel ad iudicantur ritè, & rectè pro iusto pretio, & seruatis debitis solemnitatibus, non possunt recuperari à debitore, attento iure communi.*

2 *Venditio, & adiudicatio iudicialis bonorum debitoris, sunt ad instar contractus venditionis, qui reuocari non potest.*

3 *Posse debitorem recuperare bona capta in causam iudicati, & vendita, si soluat debitum cum interesse infra biennium, qui senserint.*

4 *Explicatur* textus in l. vltima, C. de iur. dom. impetran.

5 *Aliud seruandum, si ita disponant leges, & statuta diuersarum Prouinciarum, quid seruetur in Regno Siciliæ? quid Venetijs? quid apud Pedemontanos?*

6 *Quid seruetur de iure Castellæ.*

7 *Cùm pignora transferuntur in creditorem non seruato debito ordine executionis, potest debitor illa recuperare, siuè appellauerit apud Superiores, siuè non appellauerit apud inferiorem, & num. 8.*

9 *An bona vendita hoc casu restituantur debitori cum fructibus, doctores variant.*

10 *Bonis venditis fideiussori debitoris reuocatur venditio per actionem de dolo, restituto pretio emptori, & restitutio fit cum fructibus.*

11 *Bona vẽdita extraneo solẽniter an possint recuperi à debitore.*

12 *Appellatione interposita sententia executionis, & reuocata, restituenda esse bona debitori cum fructibus, qui senserint.*

13 Azeuedus *quid existimauerit, &* Rebuffus?

14 *Venditio ritè facta tertia non reuocatur, etiamsi reuocetur sententia, cuius virtute facta est, neque emptor restituit bona, & debitori solum datur recursus ad pretium.*

15 *Reuocata sententia non semper omninò, & in totum reuocatur executio.*

Bona capta in causam iudicati in executionis sententiæ reuocatæ possunt retineri donec soluatur debitum, ib.

16 *Limitanda est prædicta doctrina, si bona in causam iudicati capta, & vendita sint minoris cuius interfit, ea potius habere, quam pretium, nam sunt illi restituenda,*

etiamsi stat penes tertium bonæ fidei emptorem,

17 *Executio reuocatur, & bona restituuntur debitori soluto debito cum interesse, si bona vendantur tertio mala fide ementi cum lesione vltra dimidium iusti pretij, aut vltra sextam.*

Lesio intra sextam permittitur in subhastationibus ibid.

18 *Remedia ordinaria conceduntur debitori ad recuperanda bona per executione ablata.*

DISPVTATIO XXIV.

Vtrum debitor pignora capta in causam iudicati, & vendita possit recuperare?

1 PRO plena resolutione istius difficultatis distinguendi sunt duo casus adnotati à Doctoribus. Primus est, cũ executio ritè, & rectè perfecta est, seruatis omnibus solemnitatibus requisitis, ignoraque vendita sunt pro iusto pretio ipsemet creditori priori licitanti, vel adiudicata, & postea debitor comparet coram ipsomet iudice, qui executione perfecit, aut coram eius Superiore, petens suorum bonorum recuperationẽ, & offerens soluere creditori debitum cum expensis, aut interesse. Et hoc casu dicendum est, attento iure communi debitorem non esse audiendum, sed illi denegandam prædictam recuperationem bonorum sic adiudicatorum, vel venditorum. Ita sentit *glossa in l. properandum 12. §. sin autem reus, verb. Audiatur, C. de iudicijs*, per textum ibi, cui consentiunt *Cynus ibidem numer. 6. Baldus numer. 9. Salicetus num. 24. Fulgosius numero 4. Paul. numer. 5. in fin. Alexand. num. 9. Ias. numer. 8. Angelus in l. si finita 14. §. si plures numero 7. & in §. postea autem, vbi etiam Imola numer. 68. Idem Paulus numer. 1. Alexand. ibi in §. Iulianus num. 120. & 121. ff. de damn. infect. & in l. debitoribus, numer. 26 ff. de re iudicat. Decius consil. 558. numer. 2. & 3. volum. 2.* qui dicit hanc esse magis communem oppinionẽ, & veram *Parladorius libr. 2. rerum quotidian. cap. fin. 5. parte §. 16. numer. 5. Negusantius de pignoribus 5. part. membr. 3. 1. part. ex numer. 8. Brunorus à Sole in quæst. legalib. quæst. 33. ex numero 1. & numero 14. Morotius de iure offerendi, num. 39. Flores Diaz de Mena ad decis. 40. Antonij Gammæ colum. 3. vers. Sed hoc intelligitur, Auendan. de censibus, capit. 108. num. 4. Rodriguez de executione, cap. 6. num. 54.*

2 Hęc sententia probatur ex *textu in dict. leg. si finita 14. §. postea quam, ff. de damn. infect. & in dict. leg. properandum §. sin autem reus, C. de iud.* Item ex eo, quod venditio, vel adiudicatio bonorum debitoris creditori facta, nullo iure reuocari possunt, si rigorem iuris spectes nam venditio, & adiudicatio iudicialis, seu datio insolutum pro certo prætio sunt ad instar contractus venditionis, qui retractari non potest *l. de contractu 3. l. non est 6. l. ratas 7. C. de rescind. vend.* Neque item venditio pignoris retractatur quamuis debitor pecuniam debitam offerat creditori, *l. si creditor 7. in princip. & in §. illud ff. de distr. pign.* ergo neque venditio iudicialis retractabitur.

3 Contrariam tamen sententiam, quinimò facta creditori venditione iudiciali, vel adiudicatione, quantumvis iusta & legitima, bonorum debitoris captorum in causam iudicati, debitorum posse recuperare eadem bona, si soluat debitum cum expensis, & interesse infra biennium, amplectuntur *Bartol. in dicta l. si finita, §. Iulianus, numero 34. & 54. ff. de damn. infect. & in dict. leg. properandum, §. sin autem reus, num. 3. in fin. C. de iudicijs, Asinius de executionibus, §. 4. capit. 135. ex numero 1. Consonat Antonius Faber lib. 8. Codicis, titulo 20. definitione 25.* loquens iuxta sua statuta. Imò verò *glossa in l. vltima, §. sin autem tempore, verb. Recuperare, C. de iure domin. impetran.* ait, debitorem intra quadriennium posse recuperare pignora creditori addicta. Illud addit, *& concordant omnes, aliter statutis, & consuetudinibus diuersarum ciuitatum obseruari.* Fundamentum istius sententiæ *Bartoli, est textus in dict. l. vetustissimam, vltima, C. de iur. domin. impet.*

4 Verùm attento iure communi, & de eius rigore, non est recedendum à priori proposita resolutione, *& ad textum in dict. l. vltima,* dicendum est, illam loqui de pignore conuentionali, cuius dominium acquirit creditor virtute rescripti Imperialis, nos verò loqui de pignore iudiciali, quod creditor obtinet virtute sententiæ diffinitiuæ secundùm ordinem iuris. Ita respondet *Decius dict. consilio 558. numero secundo post Angelum in dict. leg. si finita, §. si plures, numero 7. ff. de damn. infect.* Addo ego rationem discriminis inter pignus conuentionale, & iudiciale, quare illud potest recuperari à creditore infra biennium, non hoc, quam illi non reddiderunt. Quia cùm pignoris conuentionalis dominium obtineatur à creditore beneficio, & concessione *dicta leg. vltima*, manet impetratio subiecta qualitatibus, & modificationibus, sub quibus *dict. leg. vltima* conceditur dominium, è quibus vna est, vt debitor recuperet intra biennium suum pignus, soluendo debitum cum expensis, & interesse, quasi consecutio dominij eo casu contingeret, cum pacto adiectionis in diem, vel legis commissoriæ. Secus est, cùm res adiudicatur, vel venditur creditori virtute sententiæ, nam creditor consequitur dominium non qualificatum, aut affectũ modo aut conditione aliqua resolutiua, aut limitatiua. Vt non omitamus obseruationem *Parladorij in d. c. fin. 5. p. §. 16. n. 2. quam ex Bart. Bald. Salic. & Alexand.* tradit videlicet, *legem illam vltim. C. de iur. dom. impetr.* in desuetudinem abijsse, & exoletam esse, non esse vero receptam iure Castellano probari ex *l. 41. & 42. tit. 13. par. 5. vbi notat Gregor. gloss. 3.*

5 Limita tamen prædictam resolutionem, de qua *supra numero 1.* vt procedat, nisi aliter dispositum, aut obseruatum sit per statuta, vel constitutiones, aut consuetudines Regnorum, aut Prouinciarum de iure Regni Siciliæ vltra Farum quid sit obseruandum, vide apud *Antonium de Amato variar. resolut. lib. 2. resolut. 95.* Quid iuxta statuta Venetiarum, apud *Brunorum à Sole in quæstion. legalibus quæstion. 33. numero 9. in fin.* Quid iuxta statuta, & consuetudines Pedemontium, apud *Moratium de iure offerendi, num. 39. & Anton. Fabrum libr. 8. Cod. titul. 20. deffinit. 4. 18. & 23.*

6 Iuxta Tribunalium Castellæ obseruationem, & generalem consuetudinem receptum est, vt possit debitor bona addicta, seu pignora executionis iudicialiter distracta recuperare, mobilia quidẽ intra triduum, immobilia verò intra nouem dies à venditione. Cuius consuetudinis meminerunt *Castillo in l. 70. Tauri, verb. Remate, Couarru lib. 2. variarum cap. 11. num. 3. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. libr. 3. Ordinamenti col. 1082. §. dubitari præterea, Parlador. in dict. §. 16. num. 3. Felician. de censib. libr. 1. cap. 3. num. 10. versic. Nec ignoro, Paz in praxi 1. tom. 4. part. capit. 3. num. 48. Lasarte de decima vendit. cap. 7. num. 57. Gutierrez libr. 2. practic. q. 161. num. 2. Matienz. in leg. 9. tit. 11. lib. 5. Recopil. glossa 3. Hauia Volano in Curia Philipp. 2. part. §. 22. ex num. 18.*

7 Secundus casus est, cùm pignora in causam iudicati

capta

capta transferuntur in creditorem, executione non ritè, & rectè perfecta, aut quia non sit seruatus ordo in capiẽdis pignoribus debitus, aut omissa solemnitas subhastationis, vel citationis, aut addictio, vel venditio bonorum facta est creditori viliori pretio, cum læsione debitoris enormissima, vel infra dimidium iusti pretij, aut facta est interuentu suppositę personę ad licitationem, quę creditori bona illa, per subhastationem quæsita cesserit, transferens omne ius obtentum, iuxta adnotata à nobis *hoc titulo disputat. 1. num. 30.* in quo casu occurrit fraudis præsumptio, iuxta *l. & qui sub imagine 10. Cod. de distract. pign.* Iste autem casus duobus modis potest contingere. Primò, si reus appellauerit, & ad Superiores Iudices causam transmiserit. Secundo, si non appellauerit, & apud inferiorem Iudicem prętendat recuperationem pignorũ sic venditorum. Quoad primum dicendum est, posse debitorem, cuius bona in causam iudicati capta sunt, & minus iustè, aut solemniter debitori vendita, aut addicta per mediũ interpositæ personę, si appellauerit, pendente appellatione petere apud Iudices Superiores, restitui sibi sua bona vendita, aut addicta soluto debito cum expẽsis, aut interesse, idque iuxta quorundam sententiam intra biennium aliorum intra quadriẽniũ, aliorũ sine tẽporis præfinitione. Et solent Iudices Superiores iubere, vt bona sic alienata restituantur debitoribus, solutis creditoribus debitis cum expensis, & interesse. Ita sentiunt *Couarruuias, Didacus Perez, Felicianus, Parladorius, Paz vbi supra, Negusant. de pignoribus 6. part. membro 1. numero 26. 27. & 28. Gomez de Leon in sua centuria, respons. 19. Escobar de Ratiociniis tomo 2. capite 14. numero 1. Menesius in leg. 2. numero 31. C. de rescindenda vendit.* qui dicit, hoc fieri debere intra quadriennium, *Gurba decis. 105. numero 10. cum sequent. Gamma decis. 40. & ad eam Flores, & ad decis. 94. Magonius decis. Florent. 132. ex num. 7. Mastrillus decis. 33. Castillo decis. 14 lib. 1. idem Felician. de censib. 2. tom. lib. 1. cap. 3. ex numer. 1. Lasarte de decima vendit. capit. 7 num. 58. Rodriguez de annuis redditibus, lib. 1. quæst. 14. num. 61. Azeuedo in l. 19. num. 126. cum sequent. tit. 21. lib. 4. Recopil. Gutierez lib. 2. pract. quæst. 161. ex numer. 2. Ceuallos in speculo pract. quæst. 633. ex num. 6.* qui dicit, Iudices Superiores in quocunque tempore audire debitores retrahere volentes bona vendita ob causam iudicati, *& quæst. 763. num. 48. & 49. Amator Rodriguez de executione cap. 6. num. 55. Hæuia Volano in Curia Philip. 2. part. §. 22. num. 19. & 21. Villadiego in Politic. cap. 2. ex num. 150. & ex numer. 160.* Quinimo Iudices Supremos, non solum id facere petentibus debitoribus, sed etiam solere illis non petentibus, atque etiam si confirment sententiam executionis, nihilominus iubere, vt si intra terminum arbitrarium ab eis statutum debitor soluerit debitum creditori cum expensis, & interesse, creditor restituat debitori bona vendita cum fructibus, notant *Parlador. vbi supr. nu. 7. Amator Rodrig. nu. 55. Volano nu. 19.*

8 Quoad secundum verò dicendum est, idem fieri debere, si petat debitor coram iudice inferiore restitutionem bonorum captorum in causam iudicati, & creditori venditorum, vel addictorum, vel minus solemniter, vel minus rectè. Ratio est, quoniam velut à fonte riuulos aquæ, ita à maioribus doctrinę, exempla deriuare honestissimum & tutissimum est, *cap. in causis 19. de sentent. et re iudicat. l. nam Imperator 38. ff. de legib. l. 3. C. eodem titulo. Ita Parlador. d. §. 16. numer. 7. quem sequitur Hæuia Volano vbi supra num. 19. Felietano de censibus tom. 2. lib. 1. capit. 3. num. 1. quidquid contrarium opinetur Villadiego in Politic. dict. cap. 2. numer. 161.* qui existimat, hanc restitutionem fieri non posse, nisi mandato Superiorum Iudicum, non inferiorum.

9 Sed an in his casibus restitutio bonorum debitoris facienda sit cum fructibus, dubitant Doctores. Quidam negant vniuersim, quod videatur hęc restitutio concedi ex gratia: in restitutione autem, quę conceditur ex gratia non veniunt fructus. Alij vniuersim affirmant, restitutionem cum fructibus fieri debere, tùm quod verbo restitutionis fructus cõprehenduntur: tùm quia creditor nõ remanet in dãno, cùm illi restituatur debitum cũ interesse. Ergo neque debet esse in lucro cum aliena iactura. Alij denique probabiliter distinguunt, aut executio est nulla ob omissam solemnitatem, aut alium defectum, & tunc restituantur bona debitoris cũ fructibus, restituto creditori debito cum interesse; idemque erit, si sit mala fides in creditore, uel suspitio fraudis. Aut executio peccat in iustitia, quia res debitoris sit uendita uiliori pretio, sed citra dimidium iusti pretij obseruatis tamen cæteris solemnitatibus, & tunc creditor lucretur fructus, & res debitori restituantur sine fructib. Crederẽ reseruandum arbitrio iudicis, qui prudenter spectatis casus circunstantiis prouidere debebit. De hac difficultate vide Doctores relatos *supra num. 7.* prçsertim *Felicianum, Ceuallos, Parladorium, Gutier. & Gurbam.*

10 Tertius casus est, cùm bona executa venduntur iusto pretio alicui tertio, qui sit fideiussor rei principalis, seu debitoris, obseruatis tamen omnibus solemnitatibus viæ executiuæ. Ex hoc casu dicendum est, interposita appellatione venditionem à Superioribus esse reuocandam, per actionem de dolo, dum tamen emptori restituatur pretium. Etenim fideiussor, qui emit bona principalis debitoris, pro quo fideiussit, cõmittit dolum, & debet restituere rem cum fructibus, *l. 1. C. de dolo l. si mandato Titij 59. §. Paulus, et l. 1. ff. mandati, l. Paulus 59. ff. de fideiussor. l. 45. tit. 13. par. 5. vbi Gregorius, Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 17. ex num. 22. & n. 28. Felicianus de censib. tom. 2. lib. 3. cap. 2. numer. 11. Parladorius dict. cap. fin. §. 16. num. 17. & 18. Hæuia Volano dict. §. 22. num. 22. Balduinus de pignorib. capit. 18. colum. 4. Menoch. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 121. num. 9. Fabius de Anna consil. 37. num. 12. Villadiego in Politic. cap. 2. num. 154.* Pręsertim quia fideiussor quemadmodum, & secundus creditor emens pignora rei principalis videtur magis emere tuẽdi sui iuris causa, quàm vt dominium acquirat, *l. cum secundus 5. §. si secundus, l. cùm posterior 6. ff. de distract. pign. Franchis decis. 69. num. 6. et 7. (Felician. de censib. tom. 2. lib. 3. cap. 2. nu. 14. vers. Secundò quia, Trentacinqu. variar. resolut. lib. 3. tit. de solut. resol. 30. nu. 6.)*

11 Quartus casus est, cùm venditio pignorum captorum in causam iudicati fit, cum aliquo tertio merè extraneo, qui non sit fideiussor debitoris seruatis debitis solemnitatibus in iudicio executionis requisitis. Verùm appellatum sit, vel reclamatum à sententia, cuius virtute facta fuit executio, & in instantia appellationis, vel reclamationis sit reuocata sententia executioni mandata, vt solet contingere in hoc Regno. Et dubium occurrit: an executiones etiam maneant reuocatæ, ad effectum, vt bona ipsa debitoris vendita, & possessa à tertio emptore legitimo restituantur debitori.

12 Qua in re existimo adhuc distinguendos duos casus. Primus est, si appellatum sit à sententia ipsa iudicij executiui, quam Hispani vocant *De remate*, & illa à Superioribus sit reuocata, quia iniusta, aut nulla, & de hoc casu tractant Doctores Hispani, quos statim referemus. In hoc quidam dicunt, reuocata sententia vltima executio-

nis

nis, seu *De remate*, à Iudicibus Superioribus in Tribunalibus Castellæ, eosdē solicitos esse iubere, restitui pignora debitori cum fructibus, etiam si fuerint vendita alicui tertio, ab eoq; possessa. Ita sentiūt *Flores de Mena ad Gammam decis.* 40. *Rodriguez de executione, capite 6. num.* 53. *&* 54. *Ceuallos in speculo practicar. quæst.* 663. *ex numer.* 6. *& quæst.* 763. *numer.* 48. *&* 49. qui testatur, sic iudicatum in causa propria in Regia Cancellaria Pintiana, eumque allegat, & sequi videtur *Giurba decis.* 105. *numero* 14. licèt postea *numero* 15. 16. *&* 17. adhibeat quasdam distinctiones.

13 *Azeuedus autem in l.* 19. *num.* 139. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil.* tractans hunc eundem casum, existimat, reuocata sententia vltimæ addictionis, seu *De remate*, in gradu appellationis, condemnandum esse creditorem, si apud ipsum sunt bona debitoris ad illa restituendum eidem. Sin bona sint vendita tertio apud quem reperiantur, & creditor solum recipit pretium, condemnari debere eundem creditorem ad restituendum pretium, quod recepit duplicatum *iuxta l.* 2. *& l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* & super omnia ait, tenorem sententiæ reuocatoriæ inspiciendum esse. Eiusdem sententiæ author fuit *Rebuffus in const. Reg. tom.* 1. *tract. de literis obligator. art.* 5. *gl.* 6.

14 Secundus casus est, si non sit appellatum ab ipsa executione, aut sententia executionis, sed à sententia, cuius virtute facta fuit executio, & illa sententia in gradu reuisionis seu reclamationis sit reuocata. Hispani non agunt de hoc casu, non enim agnoscunt sententiam exequibilē, à qua possit reclamari, aut supplicari, quia prima sententia Tribunalium Superiorum, apud ipsos non mandatur executioni, sed solum vltima, seu secunda sententia reuisionis, à qua nullus datur recursus, vt dixi *supra hoc titulo, disput.* 16. *nu.* 49. *&* 50. in hoc vero Regno iste casus est frequentissimus, in quo prima sententia Sacri Consilij executioni demandatur ad instar sententiæ Præfecti Prętorio, etiam si ab ea sit reclamatum, vt dixi *supra titulo* 2. *disputat.* 8. *num.* 2. & sæpè contingit, sententiam primam postquam executioni mandata est, in instantia reclamationis reuocari, imò vero tractari non potest de reclamatione, nisi post mandatam executioni sententiam, à qua reclamatur, vt definitur ex *pragmat.* 79. *§.* 10. *de offic. S. R. C. in nouissima compilatione.* Tunc succedit difficultas, an tertius possessor bonorum debitoris condemnati venditorum in causam iudicati, qui illa emit in publica subhastatione, debeat illa restituere debitori; an solum detur illi recursus ad pretium. In quo dicendum est, spectato iure communi facta executione, & venditis bonis debitoris ritè, & rectè alicui tertio non interueniente læsione, aut fraude, etiam si in gradu reclamationis reuocetur sententia, cuius virtute facta est venditio, bona vendita non esse auferenda emptori; sed debitori dari solum recursum ad pretium bonorum venditorum. Ita planè sentit *Negusantius de pignoribus* 2. *parte membro* 4. *numero* 125. *Rodericus Suarez allegatione* 21. *numero* 7. *Franchis decis.* 120. *numer.* 8. *& decis.* 660. *Antonius Faber lib.* 8. *Codicis, titul.* 17. *definitio.* 23. *Giurba decis.* 105. *num.* 14. *&* 15. & alij multi à nobis relati supra hoc titulo, *disputat.* 22. *numer.* 12. *circa finem, vers. Præsertim cùm regulare sit.* Et probatur argumento ab exceptione ad regulam (quod validum esse in iure docet *Euerardus in locis legalib. loco* 9. *& in loco* 99. *à speciali) in leg. si ex causa* 10. *in princ. ff. de minoribus, & in l.* 1. *C. si venditio pign. agatur. Item ex textu in l. si fundum* 94. *ff. de legat.* 1. non enim debet fides hastæ publicæ facile conuelli, *l. si hypothecas* 8. *Cod. de remiss. pign.*

15 Neque obstat, quòd reuocata sententia censeatur quoque reuocata executio, & omnia debeant restitui in pristinum statum, vt docet *glossa vltima, in verb. Vniuersa in capit. accedens, et infr.* 2. *vt lite non contestata, & ibi Baldus numer.* 6. *Hostiens. num.* 9. Non, inquam, obstat, quia reuocata sententia, non semper omninò, & in totum reuocatur executio. Etenim bona capta in causam iudicati vi executionis sententiæ reuocare possunt retineri, donec soluatur debitum, vt notarunt *Rolandus à Valle cons.* 5. *num.* 7. *vol.* 2. *Anna allegat.* 22. *num.* 4. *allegat.* 80. *num.* 8. *&* 9. *& allegat.* 93. *num.* 8. ego dixi cum multis supra *titul.* 2. *disputat.* 8. *num.* 3. *cum sequentib.* Sic in proposito casu reuocatur executio reuocata sententia quoad id, quod pretium bonorum venditorum restituatur debitori; verùm emptor retinet bona solemniter, & bona fide empta, vt rectè adnotauit vbi supra *Anton. Faber.*

16 Limita prędictam resolutionem, si bona in causam iudicati capta, & vendita sint minoris, & illius intersit potius habere corpora, quam pecuniam. Nam eo casu restituenda erunt illi corpora vendita, etiam si sint penes tertium bona fide emptorem. Id statuit elegans *textus in dict. leg. si ex causa* 10. *ff. de minoribus, cuius verba, quæ hunc casum in specie continent, sunt, si ex causa iudicati pignora minoris capta sint, & distracta, mox restitutus sit aduersus sententiam Præsidis, vel Procuratoris Cæsaris, videndum, an ea, quæ distracta sunt, reuocari debeant. Nam illud certum est, pecuniam ex causam iudicati solutam, ei restituēdam. Sed si interest ipsius corpora potius habere, puto interdum permittendum, idest, si grande damnum sit minoris, vbi bene notat Antonius Faber in rationalibus textus, item in l. si creditor* 7. *in fine principij, vers. si verò tempus, ff. de distract. pign. Docet Antonius Gomez tomo* 2. *variarum, capite* 14. *num.* 6. *versic. Item quæro, Sfortia Oddus de restitutione quæstione* 31. *art.* 7. *num.* 87.

17 Quintus casus est, cum pignora executionis venduntur tertio ementi mala fide, aut quia in iudiciali venditione interuenerit lęsio enormissima, aut vltra dimidium iusti pretij, aut vltra sextam iuxta obseruationem *Vrsill. ad Afflict. decis.* 140. *numer.* 8. *& doctrinam Bartol. in l. societatem* 77. *§. arbitrorum, ff. pro socio, quam sequitur Franchis decisione* 120. *numero* 7. *& decisione* 224. *numero* 2. *& meminit Muscatell. in prax. S. Cons. libro* 2. *parte* 3. *glossa venduntur, numero* 54. nam infra sextam partem læsio in subhastationibus admittitur, secundum istos. Aut non fuerint seruatæ debitæ solemnitates in executione. Hoc casu executio reuocari debet, & bona restitui debitori, soluto debito cum expensis. Probat textus expressus *in l.* 1. *C. si vend. pign. agat. tradit Negusant. de pignor.* 6. *parte membro* 1. *num.* 28. & multi ex prædictis. Et confirmatur ex dictis supra *titulo* 2. *disputatione* 8. *ex numero* 3.

18 Præter prædicta remedio extraordinaria, quibus debitori succurritur ad recuperanda, bona illi per executionem ablata, sunt remedia ordinaria appellationis restitutionis, nullitatis, & remedium ex *leg.* 2. *Codic. de rescindend. vendit.* læsionis enormissimæ, quibus etiam vti poterit, vt animaduertunt *Parlador. dict. §.* 16. *num.* 6. *Flores ad Gammam decis.* 40. & plurimi ex relatis hac disputatione.

SVMMA DISPVTATIONIS
Vigesimaquinta.

1 *Diuersa lucra possunt obuenire debitori habenti plures creditores.*

a Com.

DISPVTATIO XXV.

Vtrum debitor possit renunciare lucris obuenientibus in præiudicium creditorum?

1 Debitori, qui plures creditores habet, & soluendo idoneus non est, multa, & diuersa lucra possunt obuenire, videlicet hæreditates, legata, fideicōmissa, maioratus, donationes, & de istis dubitatur, an possint ab eo renunciari, & non acceptari, & an ea repudiando, seu non acceptando videatur fraudem facere suis creditoribus?

2 Communis resolutio esse videtur, licere debitori ista lucra non admittere, & non fieri fraudem creditoribus, per debitorem, non acquirendo, & non augendo patrimonium, sed solum minuendo. Atque ita reuocari quidem, per Paulianam actionem omnem alienationem à debitore factā, quominus suis creditorib. satisfaciat, hęc enim est fraus: repudiationem verò lucrorum aduenientium fraudem non esse. Ita probat *textus in l. qui autem, 6. per omnes eius legis paragraphos, cum tribus legibus antecedentibus, ff. quæ in fraud. credit. & in l. cùm quidam 26. ff. de iure fisci, & in l. 1. §. vtrum, ff. si quis in fraud. patron. & in l. 1. §. consertur, ff. de collocat. bonor. & in leg. non fraudantur 177. ff. de regulis iuris,* qui omnes textus habent authorem Iurisconsultum Vlpianum. Vlpianus autem refert in suam sententiam Iulianum Iurisconsultum *in d. l. qui autem, §. sed & illud, & in dict. leg. 1. §. vtrum. Concordat text. Caij Iurisconsulti in l. nemo 68. §. illud quæritur, ff. pro socio. Item alius elegans text. Valentis Iurisconsulti in leg. si postulante 67. ff. ad Trebell. ibi: Quia & remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hæreditatem creditores tuos tali commodo fraudare, & ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te, vt adires, non potuerunt.* Itaque Vlpianus, vbique fuit eius sententiæ, vt fraus fiat diminuendo patrimonium, non verò non acquirendo, & eiusdem sententiæ socios habuit *Iulianum, Caium, & Valentem* I. Consultos.

3 Isti

3 Istis legibus moti in eadem sententia fuerunt vltra Scribentes in dictis locis *Iason in §. item si quis in fraudem, nu. 121. instit. de action. Alciat. in leg. alienationis, verbum 28. num. 11. & ibidem Rebuff. colum. 9. vers. Qui occasione acquirendi non vtitur, cum sequent. ff. de verbor. significat. Decius consi. 260. queritur breuiter, ex num. 1. Couarru. in capit. Raynaldus 18. §. 3. ex num. 30. de testament. & de matrimonio, 2. par. cap. 7. §. 1. nu. 15. Tellus Fernand. in l. 4. Taur. ex num. 52. ad 64. Ceruantes in l. 6. Tauri ex numer. 75. Pelaez de Mieres de maioratibus, 4. parte quæst. 23. ex nu. 117. latè Surd. decis. 140. numer. 8. & cons. 116. ex num. 79. lib. 1. & consil. 300. ex num. 17. lib. 2. Peregrinus de iure fisci, libr. 5. tit. 1. ex num. 190. & lib. 6. tit. 7. ex num. 38. & de fideicommiss. art. 3. num. 127. Azeuedus in l. 3. num. 140. & 141. tit. 10. lib. 4. Recop. & in l. 3. ex num. 6. tit. 4. lib. 5. Recopilation. Ioann. Gutierez in repetit. cap. quamuis pactum, in principio, ex num. 20. de pactis in 6. et libro 2. pract. quæst. 127. Thusc. liter. A. conclus. 441. ex num. 4. Fachineus lib. 13. controuers. cap. 46. Franchis decis. 101. Bossius diuersor. tract. tit. titul. de bonorum publicatione, numer. 29. Ceuallos in speculo practicarum quæst. 811. num. 14. cum sequentibus, Trentacinq. variar. resolut. lib. 2. titulo de minoribus, resolut. 9. num. 6. Gratianus disceptat. forens. tom. 1. cap. 132. per totum, & tom. 2. c. 271. ex princip. Beccius cons. 134. numer. 10. & 11. lib. 2. Paschalis de viribus patriæ potest. par. 2. cap. 4. ex num. 165. Pereira decis. 55. ex num. 4. Scaccia de iudicijs causar. ciuil. & crimin. lib. 2. cap. 2. num. 290. & de commerc. §. 1. q. 7. par. 2. ampliat. 8. num. 172. Thom. Sanchez operis moralis, lib. 2. cap. 14. ex num. 50. & de matrimon. libr. 6. disput. 4. ex num. 8. Gabriel Vazquez ad 1. 2. disp. 172. cap. 3. ex num. 13. & opusculo de testamentis, cap. 9. §. 1. dubio 6. ex numer. 16. Alfaro de offic. Fiscalis, gloss. 16. priuileg. 8. ex numer. 41. Mantica de tacit. & ambig. conuent. libr. 13. tit. 38. ex num. 13. Fabius de Anna cons. 76. num. 2. cum sequentibus, Thess. quæst. forens. lib. 3. q. 74. Annæus Robertus rer. iudicat. libr. 3. cap. 12.* & multi, quos longa serie refert *Castillo quotidian. controu. lib. 5. c. 112. ex num. 19. quos ipse sequitur, & c. 111. præcedenti num. 37.*

4 Contrariam tamen sententiam quinimò debitorem, non acquirendo fraudem facere creditoribus, *probat textus Pauli Iurisconsulti in l. in fraudem 45. in principio, ff. de iure fisci,* ibi: *In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatæ reuocantur: idemque iuris est, & si non quæratur, æquè enim in omnibus fraus punitur.* Confirmat eandem sententiam *text. Vlpiani in leg. sed & si lege 28. §. perinde, ff. de petit. hæreditat.* ibi: *Nam & is, qui dolo fecit, quominus possideret, vt possessor, condemnatur. Accipiens, siue dolo desierit possidere, siue dolo possessionem noluerit admittere, & text. in leg. 2. §. sed & si quid ff. de hæred. vel actor. vend. leg. 1. §. fanè & §. vltim. l. si quis 4. ff. si quis omissa causa testam. leg. ait Prætor 10. §. hæc actio post annum, in fin. ff. quæ in fraudem,* & à maioritate rationis probatur idem *ex l. quia poterat 4. l. sed & qui 5. l. cogi 16. cum multis alijs eodem tit. ff. ad Trebell.*

5 Hanc apertam Iurisconsultorum dissensionem, & iurium antinomiam, varijs modis conantur componere Doctores *Accurs. Bartol. & alij in dictis locis Paul. de Monte. pico in repet. l. post contractum, numer. 106. ff. de donat.* vbi tamen ait, nunquam reperisse aliquem, qui sciret bene respondere, & ibidem *Ioannes Annibal. ex num. 320.* quasdam solutiones refert, nullam tamen, quæ plenè satisfaciat, *Iulius Pacius legū conciliatarum, centuria 7. conciliatione 75. & Nicolaus de Genua in conciliatione legum contrariarum ad d. l. cùm quidam, ff. de iure fisci, folio mihi 339.* qui refert septem conciliationes, nulla tamen placet, nec difficultatem euacuat.

6 *Alciatus in l. post contractum 15. num. 38. ff. de donat.* vniuersim negat fraudem fieri non quærendo, tàm creditoribus, quàm fisco, iuxta regulam *d. l. qui autem, ff. quæ in fraud. cred. d. l. cùm quidam, ff. de iure fisci, et ad d. l. in fraudem,* quę videtur obstare dicit, respondisse se *libr. 3. parergon. iuris, capit. 19.* Quo loco dicit, verba illa adiecta à *Iurisconsulto in d. l. in fraudem,* videlicet, & si non quæratur, non esse referenda ad debitorem, quasi significetur, ipsum cùm non acquirit obuenientia lucra, fraudem facere; sed ad eum, in quem fit alienatio, vt sensus sit debitorem fraudem facere Fisco, cùm alienat bona sua, transferendo in alium possessionem, & dominiū, quo casu re vera alienatio contingit, idemque Iuris esse, si debitor alienet bona sua de facto etiam si non quæratur dominiū ei, in quem alienatio facta est. *Alciatum approbant Tellus Fernādez in l. 4. Tauri num. 64. & Gabriel Vazquez in 1. 2. tom. 2. disp. 172. c. 3. nu. 22.*

7 Sed hæc Alciati interpretatio displicet communiter. Primo, quia vim infert literæ *text. in d. l. in fraudem,* in quo nulla mentio de dominio præcedit illud verbum, & si non quæratur, vt reddat sensum, & si non quæratur dominium. Secūdò, quia iuxta hanc interpretationem, non differret casus ille secundus decisus à Iurisconsulto in illis verbis, *idemque iuris est, & si non quæratur,* à primo casu in initio legis commemorato per illa verba; *in fraudem Fisci quocumque modo rem alienatā reuocatur,* verbo enim alienationis, non solum comprehenditur contractus, ex quo dominium transfertur, sed etiam multi alij, ex quibus dominium non transfertur, vt constitutio seruitutis hypothecæ, aut pignoris *l. sancimus, vltima, Cod. de rebus alien. non alienand.* quare si in fraudem Fisci constitueretur hypothecæ, vel seruitus in bonis debitoris Fisci, reuocaretur hæc alienatio, tanquam in fraudē Fisci facta, etiam si per huiusmodi constitutionem dominium non quæratur ei, in cuius fauorem cōstituta sunt, & iste casus pertineret ad initium legis, non ad illa verba, *Idemque iuris est, &c.* Manifestum autem est, duos diuersos casus propositos esse *in d. l. in fraudem, in princip. à Paulo Iurisconsulto, & reprobat Alciatum Cuiacius* statim referendus, sed nullam rationem reddit reprobationis.

8 Alij dicunt, regulariter debitorem, non committere fraudem in præiudicium creditorum nō acquirendo, quo modo loquuntur *d. l. qui autem,* cum concordantibus: Verùm hanc regulam limitandam esse in Fisco, de quo loquitur *d. l. in fraudem, ita sentiunt Bartol. & Albericus in d. l. in fraudem, Ripa in l. 1. num. 7. ff. de pignorib. Rebuff. in l. alienationis verbum 28. colum. 6. vers. Item Fisco, ff. de verbor. significat. Gozadin. consil. 97. numer. 12. Soein. Iunior consil. 124. num. 6. 3. par. Bossius diuersor. tractat. tit. de bonor. publicatione, num. 29. Peregrin. de iure Fisci lib. 5. tit. 1. ex nu. 190. et lib. 6. tit. 7. num. 38. Manson. de causis executiu. lib. 1. quæst. 6. ampliatione 8. numer. 38. Annæus Robert. rerum indicatar. lib. 3. capit. 12. propè medium Cuiac. obseruat. lib. 8. cap. 9. Mangil. tractat. de imputationib. quæst. 4. ex num. 5. & nu. 10.*

9 Contra hanc tamen limitationem vrgentissimè obstat textus *in l. cùm quidam 26. ff. de iure Fisci,* cuius difficultati non satisfaciunt solutiones excogitatæ à Bartolo, & reliquis, videlicet, quòd in illo casu repudiatio non videatur facta in fraudem Fisci, vt repudians patiatur pœnam dupli, quòd ibi non erat delata hęreditas patri, qui repudiauit, sed filio. Quod repudians non erat condemnatus, sed solum inquisitus, & sic nōdū erat debitor Fisci, quæ est aperta diuinatio. Non, inquam satisfaciunt, quia in eo

in ro textu Iurisconsultus nititur fundamento generali, quod fraus non censeatur facta non quærendo, quod commune est, etiam respectu creditorum priuatorum, *non videri (inquit) in fraudem Fisci factum, quod acquisitum non est*, quæ ratio excludit omnes interpretationes.

10 Alij distinguunt; Aut creditores sunt chirographarij, aut hypothecarij. Chirographarij, non quærendo, non fit fraus, de quibus intelligitur *text. in d.l. qui autem*, cum concordantibus. Hypothecarijs non quærendo fit fraus, & de istis loquitur *text. in l. in fraudem*, qui agit de debitore Fisci, qui semper est creditor cum hypotheca, *leg. aufertur 46. §. Fiscus, ff. de iure fisci*. Hanc sententiam docuit *Ancharran. consil. 101. num. 8. quem sequuti sunt Franciscus Pepius inter consilia Bartholomæi Socini consil. 76. num. 6. lib. 4. Negusant. de pignorib. 4. p. num. 33. Mantica de tacitis, & ambiguis, conuention. lib. 13. tit. 38. numer. 16. Camillo de Medicis consilio 98. Gratian. decis. 17. num. 11. cum sequent.*

11 Verum Ancharrani sententiam acerrimè impugnant, & ab eo discedunt *Ripa in l. conuentio generalis 1. numer. 7. ff. de pignoribus, Socinus Iunior dict. consil. 124. numer. 8. 9. & 103. part. Tellus Fernandez in leg. 4. Tauri. numer. 57. Franchis decis. 101. Fabius de Anna cons. 76. ex num. 2. Gratianus disceptat. forens. tom. 3. cap. 132. ex numer. 1.* quorum dicta non libet transcribere, solum aduerto, contra hanc sententiam facere *textum in dict. leg. cùm quidam, ff. de iure Fisci*, vbi agens Vlpianus de Fisco, qui est creditor hypothecarius, ait, illi in non quærendo fraudem non fieri.

12 Alij dicunt, regulam constituendam esse iuxta *textum in d.l. qui autem, & d.l. cùm quidam*, vt nullus dicatur fraudare creditores priuatos, aut Fiscum non acquirendo; verùm eam esse limitandam, cùm præcedit contractus, aut materia, quæ obliget ad acquirendum secundum bonam fidem; tunc enim dolum, & fraudem committit, qui non acquirit, & de simili casu censendum est, loqui *textus in d.l. in fraudem, in principio, ff. de iure Fisci. Limitationē probat text. eiusdem Pauli Iurisc. in l. in fraud. 4. ff. quæ in fraud. credit. In fraudem (ait) facere videri eum etiam, qui non facit, quod debet facere, intelligendum est, cum quo textu concordat l. dolus 44. ff. mandati, notat Mantica de tacitis, & ambiguis comention. lib. 13. tit. 38. num. 3.* Ergo qui cum debeat acquirere ex bona fide, non acquirit, fraudem facit. Eodem pertinet *l. 2. §. sed & si quid, ff. de heredi. vel act. vendit. & ibi glossa in verbo, Posset adipisci. leg. sed & si lege 28. §. peruide, ff. de petit. hæred. l. 1. §. sanè, l. si quis 4. ff. si quis omissa causa testament. Ita sentiunt Bart. in d.l. qui autem 6. in princip. in solut. 2. oppositionis, ff. quæ in fraudem cred. Ioan. Faber in §. manet, num. 2. & 3. institut. de societate. Decius in l. non fraudantur 176. num. 1. versic. Et regula ista, & ibidem Cagnolus numero 1. ff. de regul. iur. Alciatus in leg. alienationis verbum 28. numer. 11. in fine, ff. de verborum significat. Annæus Robertus rerum iudicat. libr. 3. cap. 12. Camillo de Medic. d. consilio 98. ex num. 18. Gregorio Lopez in l. 12. tit. 10. parte 5. glossa 2.* vbi refert pro hac sententia decisionem Supremi Senatus Castellæ, & approbat hanc sententiam *Castillo quotid. controu. lib. 5. cap. 112. num. 13. & 14. & numer. 49. & Aluarado de coniectur ata mente defuncti, libro 2. cap. 3. §. 1. num. 29. Pelaez de maioratib. 4. part. quæst. 23. num. 137. cum seqq. Gutier in §. fui, num. 95. instit. de hæred. qualit. & differ. Franchis dict. decis. 101. num. 32.* Et non inuenio in his terminis contradictorem, quia quicunque animum habet nocendi proximo, aut agendi contra obligationem, aut æquitatem, fraudem facit. *leg. in summa 2. paragraph. idem Labeo, et 2. ff. de aqua pluuia arcend.*

13 Ex qua doctrina conciliantur duo textus eiusdem Vlpiani dissidentes, & planè contrarij. Primus ex *l. magis puto 5. §. fundum, ff. de reb. eor.* quo dicitur, fundum legatum pupillo repudiari non posse, sine Prætoris authoritate, quasi hæc repudiatio alienatio sit. Alius *in dict. l. qui autem 6. §. sed & illud, ff. quæ in fraud. credit.* cum quo textu conuenit alter eiusdem *Vlpiani in leg. 1. §. verum, ff. si quid in fraud. patron.* vbi etiam ex Iuliani sententia docet, repudiationem legati non esse alienationem, neque per eam patrimonium diminui. Nam etiam in repudiatione, de qua agitur in primo textu, interueniat tutor, ad cuius officium pertinet, non solum non diminuere patrimonium pupilli, sed etiam illud augere acquirendo, quæ vtilia sunt pupillo, quemadmodum diligens pater familias in rebus suis solet efficere, *l. à tutoribus 34. in principio, ff. de administrat. & pericul. tut. Romanus consil. 425. Ioannes Gutierrez de tutelis, 1. part. capit. 1. numer. 13. Thusfeus liter. T. concl. 438. Paul. Montanus tract. de iure tutelarum, c. 32. reg. 9. ex numer. 1.* fit vt repudiare lucrum interueniente tutore, qui lucra pupilli quærere debet, sit species alienationis. At in alijs legibus nō agitur de casibus, in quibus præcedat contractus aliquis, aut materia, quæ obliget ad acquirendum.

14 Hæc sententia æquitate plena est, & in se (iudicio nostro) vera. Verum quoad interpretationem, *d. l. in fraudem, in versic. idemque iuris*, non video, quo modo possit liberari a diuinatione, dum præsupponit, ibi agi de casu quo præcedit contractus, aut materia, quæ obliget ad quærendum, Cumq; tam difficulter prædicti textus conciliari possint, vt hucusque nulla sit inuenta conciliatio, quæ plenè satisfaciat, *Budæus in annotat. ad Pandect. ad l. vlt. ff. de ædil. edict.* inter alias implacabiles antinomias, quas censet a Triboniano dormitante incuriosus, aut cōsultò, & dedita operà relictas, existimat esse eam, quæ versatur inter *dict. leg. cùm quidam, & dict. leg. in fraudem, ff. de iur. Fisc.* & haud dubiè doctissimi, ac iudicij singularis viri placito plane assentiret, si libera, vel contra receptas opiniones rationem sequenti sententia deberet esse.

15 Cogitabam ego distinctionem, quæ forsan videbitur aliquanto aptior ad prædictorum textuum explicationem, & conciliationem, & videtur deduci ex postrema ista sententia. Videlicet distinguendos esse creditores ex causa lucratiua, à creditoribus ex causa onerosa. Si creditores sint ex causa lucratiua, debitor in non acquirendo fraudem non facit, siue creditor sit priuatus, siue Fiscus, & eo pertinent *tex. in d.l. qui autem, ff. quæ in fraud. cred. & in d.l. cùm quidam, ff. de iur. Fisci cum d.l. 1. §. verū, ff. si quid in frat. patron.* Nam Fiscus in pœnis prætendit causam lucratiuam, vt notat *Zasius in l. 1. numer. 41. ff. soluto matrimon. & ibidem Iason numer. 37. Beccius consil. 52. numer. 19. & 124. libr. 1.* vltra quam plures, quos in eandem rem retuli supra *tit. 3. dispu. 1. numer. 26. circa finem.* Item planum est, patronum in successione liberti agere de lucro captando, & causam esse lucratiuam, in qua minor est obligatio debitoris. Nunquam enim in iure par est conditio eius, qui tractat de lucro captando, & eius, qui tractat de damno vitando, *l. vltima, in fine, C. de codicillis. l. scimus vltima, §. licentia, C. de iur. deliber. l. vltima, C. de acquir. possess. Scaccia de commerc. §. 1. q. 7. part. 2. amplias. 8. numer. 271.* Et non videtur obligari ad quærendum bona, quæ non habet, quibus satis faciat donatarijs, qui ex illis ipsis bonis, quę possidet, non obligatur eisdem satis-

satisfacere, vltra quam facere possit, etiam deducto, ne egeat. *l. inter eos 19. §. is quoque, l. ex hæredatum 49. §. 1. in fin. ff. de re iudicat.* vbi debitum ex donatione comparatum, cum debito ex causa onerosa, quod dicitur esse verum debitum, significatur non esse verum. Confirmatur ex eleganti *text. in l. si quis pro vxore 2 1. in princip. ff. de donat. inter. & in l. rem legatam 18. ff. de adimend. legat.* vbi ait I. C. *in necessitatibus neminem liberalem existere*, quo loquendi modo non solum significatur, non censeri liberalitatem actum, ad quem quis ex necessitate cōpellitur & non donare, *qui necessitatis oneribus succurrit*, Sed quod consequens etiam est neminem ad donandum necessitate compelli, nedum ad acquirendum quę donet.

16 Si verò creditores sint ex causa onerosa, non quærendo fit illis status. Nam debitores ex causa onerosa, si ius naturale, & bonam fidem spectemus, obligati sunt acquirere bona, & illa procurare, quibus satisfaciant creditoribus suis, si commodè possunt etiam ex propria industria, nedum obuenientia lucra amplecti, & non repudiare, vt rectè notarunt *Molina de iustitia, tract. 2. disput. 435. numer. 10. in fin. Sanch. de matrimon.* post alios, quos refert *libr. 6. disputat. 4. numer. 9. versic. His tamen non obstantibus, & operis moral. lib. 2. cap. 14. nu. 54. Gabriel Vazquez in primam secundæ, tomo 2. disp. 172. cap. 3. num. 15. & opusculo de testam. cap. 9. §. 1. dubio 6. num. 18. & 19. & num. 22. cum seqq. Paschalis de viribus patriæ potestatis, par. 2. c. 4. num. 174. circa finem, Franciscus de Petris cons. 59. num. 15. Gratianus disceptat. forens. tomo 2. cap. 271. num. 25.* & in his terminis huic sententiæ nullus Theologus contradicit. Quam doctrinam confirmat alia notatione digna, quòd lex humana iusta non debeat permittere aliquid, quod culpam lætalem inducat, vt docet *Gloss. & Doctores, in cap. 1. de constitutionibus in 6. D. Thom. 1. 2. quæst. 96. artic. 4. Anton. Gomez in l. 3. Tauri, numer. 123. Solorzanus de Iure Indiar. tom. 2. lib. 3. cap. 10. num. 82. facit Fragosus in regimine Christianæ Reipublicæ, part. 1. libr. 1. disput. 2. §. 4. num. 160. & 161.* Igitur ista iniusta repudiatio lucri facta ab obligatio in fauorem creditorum ex causa onerosa quibus debet in foro conscientiæ, non debet permitti. Et proculdubio in eadem sententia est *Gregorius Lop. in l. 12. tit. 10. part. 5. gloss. 2.* & eam efficaciter confirmat decisio supremi Senatus Castellæ ibidem ad eo relata. Nam cum quidam ex eo, quòd iniuriosè percussisset quemdam in manu, ex quo vulnere manus illi fuit abscissa; vel remansit inutilis, & arida, condemnatus esset per iudicem, vt pro damno illato percusso daret ei duo millia ducatorum; & lata sententia superuenisset percussori existenti in fuga hæreditas matris, cum antea esset pauper, & non haberet vnde solueret, repudiauit hæreditatem. Quæstio fuit, vtrum executio posset fieri in bonis hæreditariis pro condemnatione pecuniaria, & allegabatur, quod non posset, per *dict. leg. qui autem.* Contra verò obijciebatur *textus in d. leg. in fraudem*: Pronunciatum fuit, quòd executio fieret in bonis maternis, non obstante repudiatione, quasi in fraudem facta. In qua decisione non est facta mentio de pœna fiscali, in qua Fiscus habet causam lucratiuam; sed solum de restauratione damni illati vulnerato, quę debetur ex causa onerosa. Et quamuis eam decisionem reprobet *Sanchez de matrim. lib. 6. disput. 4. nu. 8. vers. Nec obstat sententia illa*, dicens, Magistratus electos per Principem ad ius reddendum, non posse inducere stilum contra ius, vt benè animaduertit idem *Gregor. in l. 9. titul. 28. par. 3. gloss. 9. circa fin.* quæ est doctrina verissima, & notatione, memoriaque digna, tamen non iure credit Thomas Sanchez, prædictam decisionem esse contra ius, est enim conformis sententiæ, quam retulimus *supra nu. 13.* & huic nostræ, in casu enim illius decisionis occurebat materia, quæ obligabat ad acquirendum. Neque est ratio, quæ conuincat, quoad hoc esse distinguēdū forum internum ab externo, præsertim cum regulariter ab vno ad alterum valeat argumentum, vt notat *August. Barbosa loco 50. num. 1.*

Ex quo planè colligitur, falli *Ioan. Castillo quot. controu. lib. 5. cap. 112. ex num. 49.* dum negat, in casu creditorum ex causa onerosa versari materiam, quæ obligat ad acquirendum. Etenim tunc ius naturale potentius omnibus legibus ciuilibus, obligat ad acquirendū, vt omnes Theologi sine contradictione docent, consonantibus etiam Iuristis, vt vidimus, & sic destruitur fundamentum contrariæ sententiæ. Colligitur deinde quantum fuerit allucinatus idem Castillo, in inquirenda ratione, & iustificatione prædictæ decisionis supremi Senatus Castellæ, relatæ à Gregorio, quam existimauit *d. c. 112. nu. 50.* de iure sustineri non posse, & eam quibusdam coniecturis diuinatis, defendit, cum habeat aliud fundamentum, quàm id, quod diximus, quod est verissimum, & solidum.

17 Quamuis verò *in dict. l. qui autem 6. in princip. ff. quæ in fraudem cred. & in d. l. in fraudem 45. ff. de iur. Fisci*, constituantur duæ regulæ generales contrariæ, temperandæ sunt ex prædicta distinctione, vt regula *d. l. qui autem* intelligatur de debitoribus debentibus ex causa lucratiua, regula verò *d. l. in fraudem*, de debitoribus obligatis ex causa onerosa. Neq; enim nouum est, alias leges ex aliis limitari, & declarari, *l. quamuis 11. ff. de in ius vocand. leg. vtrum 23. ff. de pet. hæred. l. 1. vbi Soc. num. 1. & 2. ff. de reb. dub. Bart. in repet. l. 1. num. 6. ff. de offic. Procur. Cæs. Ripa ad Digestum Vetus, tit. de iure gentium ciuili, siue statutis, responso 5. num. 24. & 25.*

18 Ex prædictis colligitur resolutio quæstionis, quæ frequēter occurrit, quam tamen rarissimè video tractatam. Contingit, filium habere multa debita, cui pater titulo hæreditatio relinquit legitimam, grauatam tamen onere restitutionis in fauorem nepotum, vel extraneorum, dubitatur, possit ne filius cōsentire grauamen fideicommissi impositum super legitima in præiudicium suorum creditorum, ex onere enim fideicommissi proueniet, vt bona filij tanquam prohibita alienari, non possint vēdi à creditoribus, *l. filiusfamilias 117. §. Diui, el 2. uers. Quòd si liberis, ff. de leg. 1. Auth. res quæ, Cod. commun. de legat.* an verò iste consensus sit reuocandus, tanquam adhibitus in fraudem creditorum?

19 Dicendum est, consensum filij habentis creditores, quo permittit grauamen in sua legitima, illudque accepit, omnino esse reuocandum, siue creditores sint ex causa onerosa, siue lucratiua. Ratio est, quoniam si loquamur de filio in potestate, ille ipso iure per mortem patris fit hæres, & acquirit hæreditatem, *leg. 1. §. qui sunt in potestate, ff. si quis omissa causa testament. leg. ita tamen 27. §. pater, ff. ad Trebellian.* si verò loquamur vniuersim de filio etiam emācipatō, legitima illi debetur naturali ratione, *l. cum ratio 7. ff. de bonis damnat. l. scimus 36. in princip. C. de inofficios. testamento*, eamque statim post mortem patris aut matris acquirit. Imò vero in casu, de quo agimus presupponimus, legitimam per immixtionem, seu additionem, & acceptationem quæsitam filio. Qui cum admittit in illa grauamen, quod ipso iure tollitur per legem, *l. quoniam, in prioribus 32. l. scimus 36. §. cum autem, C. de inoffic. testamento*, planè diminuit suum patrimonium, atq; adeò proculdubio, quidquid ex illo consensu grauaminis resultat in creditorum damnum, tanquam in fraudem creditorum

ditorum cogitatū,& machinatum reuocari debet. In ea enim fraude cōcurrunt euētus,& consiliū, iuxta animaduersionem *Papiniani in lege fraudis 80. ff. de regul. iuris*, quidquid contrarium videatur sensisse *Ioann. Lupus in l.27.Tauri, numer.16*. Etenim in diminutione patrimonij quomodolibet cōtingēre succedit regula *d.l.qui autem 6. in principio*, & alijs concordantibus, *ff.quæ in fraudem credit.& in d.l.in fraudem 45.ff. de iure Fisci*, vt intelligatur diminutio facta in fraudem creditorum, & quoad hunc articulum nullum est dissidium inter iura. Quod tantò magis procedit, quanto certum est, esse plurimos, maximique nominis Doctores, qui sentiunt, filium neque in fraudem creditorum, neque Fisci, posse renunciare, aut repudiare legitimam parentum, delatam tanquam iure naturali debitam, nedum semel acquisitam grauare, seu admittere in illa grauamen. E quibus sunt *Bald.in l.vnica, n.9.C.de ijs qui ante apertas tabul. Menoch.cons.77.lib.1. Gratian.discept.forens.to.2.cap.271.ex nu.1.Merlin. de legitima lib.3.tit.2.q.29.ex nu.10.Fabian.in repet. Auth.nouissima, nu.232.& 268.C. de inoffic.testam.Fontanell. de pactis nup.claus.4.gloss.9.par.5.nu.122.Peregrin.de fideicommiss. art.3.n.131.cum seq.* conducuntque adiungit *ar.4.n.15.* videlicet, filium esse creditorem legitimæ in bonis patris, *& de iure Fisci lib.6.tit.7.nu.29.consonat Marescot.variar. resol.lib.1.cap.29.num.42.relato Bart.in l.si quis legatum 6. §.si patronus, num.1.ff.ad leg.Cornel.de falsis*. Et legitimam filij, debitum naturale vocauit Imperator *in l.scimus 36. §.illud præterea, C.de inoffic.testam.fauet Ancharran. consil. 101.nu.7.& 8.& cons.168.pro veritate præmittendum, num. 3.* Quam sententiam confirmat textus, si bene intelligatur *in l.si postulāte 67.in princ.vers.Sed & si filius ff.ad Trebell.* Quamuis (ne id omittamus) multi quoque sint, qui sentiant, filium posse renunciare legitimæ neque ex hoc fieri fraudem creditoribus, quod bona patris non acquirat, seu se abstineat ab eius hęreditate, e quibus sunt *Ioan. Lupus in 27.Tauri, nu.16.Pelaez de maioratib.part.4.quæst. 23.nu.151.Cutel.de donationib.tract.1.discurs.2. particula 9.nu.8.Thesaur.quæst.forens.lib.4.q.74.idem Peregr.consil. 46.ex nu.14.volum.3.* vbi videtur sentire contra traditam à nobis resolutionem, sed nō respondet ad nostrū fundamentum, *Annæus Rober.rer.iudic.lib.3.c.12.ad finem, Mangilius de imputationib.quæst.4.ex nu.18.*

20 Secundo colligitur, etiam resolutio dubitationis alterius, quæ ex facto occurrit in quadā causa, de qua agebatur in S.C. Pater fecit testamentum, reliquit hæredem vniuersalem filiam vnicam, quam tamen grauauit, vt si sine liberis decederet, hęreditatem suam restitueret quibusdam cognatis. Dicebatur filiam acceptasse testamentum patris, & sic onus fideicommissi, tàm in legitima sibi debita, quam in cęteris bonis. Mortua filia, sine liberis, & sine testamēto, mater superstes petebat legitimā ex bonis filię sibi debitā, dubitabatur, an filia acceptasset fideicōmissum, & acquieuisset oneri imposito supra suā legitimam: ex qua acceptatione, & cōsensu mater restabat exclusa à iure petēdi legitimam. Nam quāuis grauamē legitimę impositum ipso iure reijciatur, & bona legitimæ remaneāt filijs libera, *iuxta l.quoniam in prioribus 32.& l. scimus 36.§.sancimus 1.& §.sancimus, el 2.C.de inoffic. test.* tamen filius potest admittere grauamen in legitima, præsertim quando pater ei relinquit vltra legitimam, nā tunc in legitima grauamen imponere potest. *l. si quando 35.§.et generaliter, C.de inoffic.test.Ioan.Lupus in l.27.Taur. num.16.Roder.Suarez in d.l.quoniam in prioribus, ampliat. 10.num.23.& 24.& 48.& ad eum locum Valdes, Couar.in cap.Rainaldus 18.§.2.nu.7.de test.Peralta in l.cum patronus* 28.ex num.8.ff.de legat.2.Molina de primog.lib.2.cap.3.nu. 7.cap.11.nu.8.& cap.15.nu.12.Baeza de non meliorand.ration.dot.filiab.cap.8.n.10.et c.9.n.11.Ant.Gabr.libr.6.commun. tit.de legitima, concl.1.nu.38.Ant.Gomez tom.1, var.cap.11. n.25.26.& 31.Menchac.de success.creat.lib.1.§.10.ex nu. 244.Pelaez, Mieres de maioratib.1.par.quęst.55.nu.25.in nouis, Molina de iustit.tract.2.disp.177.nu.10.vol.1.& disp. 578.nu.8, volum.3.Marzar de fideicommis.2.par.quęst.50. Peregrin.de fideicommis.art.36.nu.62.Raudens.de analog.c. 19.ex n.28.Surd.de aliment.tit.2.q.25.ex nu.180.Fusar. de substit.q.296.nu.63.& 70.Moneta de commutat.vlt.voluntat.cap.9.quæst.3.nu.207.Merlin.de legitima, lib.3.tit.2. q. 7.nu.24.cum seqq.& q.8.nu.4.Mangil.de imputationibus q. 118.ex nu.4.Fachinæus controuers.iur.lib.5.cap.69.Grammatic.cons.ciuili, 145.nu.3.& 4.Menoch.cons.71.nu.20.ex vers.Sextò maximè, lib.1.et cons.199.ex nu.15.lib.2.et cons. 903.ex num.1.lib.10.Ioseph.Ludouic.decis.Lucens.28.ex num.46.Magon.decis.Lucens.85.num.6.& 7.Mastrill.decis. 181.ex num.28.Castillo quotidian.controuers.lib.5.cap.107. num.46.*

21 Dubitabatur, inquam, in prædicto casu, an filia acceptasset grauamen legitimæ ex generali acceptatione, & approbatione paterni testamenti, ex eleganti doctrina *Fachinei controuers.iur.libr.12.cap.7.& Peregrin.d.articul. 36.ex num.83.* & ijs, quę latissimè adnotauit *Castillo quotid.controuers.lib.5.d.cap.107.ex num.35.et num.54.* Adijcio ego, & adijciebat vnus ex dominis filiam non potuisse assētiri grauamini fideicommissi in pręiudiciū matris, quo illam excluderet à legitima ex bonis filiæ illi debita. Mouebat ea ratio, quia nullum aliud remedium inuenerunt ad excludendam matrem à legitima filij illi debita, *iuxta text.in l.nam & si parentibus 15.ff. de inofficioso testam.l.cùm filium 17.C.eod.tit.§.1.in fin. in Auth.de de trien.& semiss.& notata ab Afflict.dec.310.num.2.* præter substitutionem pupillarem, ob illam Papiniani considerationem, quam retulit *Vlpianus in leg.Papinianus 8.§. sed neque impuberis, ff. de inofficios. testament. & repetit. Bonifacius in capit.1.§.licet autem, de testament.in 6* quòd pupillaris substitutio censeātur testamentum filij, non tamen subiectum querelæ matris, quia pater, qui nihil matri debebat, illud fecit, meminit *Afflictis dict. decis. 310.num.3.* Imò vero ad excludendam matrem à legitima filij nō sufficit pupillaris substitutio tacita inclusa in vulgari, sed necessario requiritur pupillaris expressa, *l. precibus 8.ff.de impuber & alijs, vt ibi post gl.in verb. Omni modo*, notant omnes Doctores, *Fusarius*, qui plurimos congessit, *tractat.de substitutionibus, quæst.156.& 157.* Ergo credendum non est, posse patrem, aut filium auferre matri legitimam debitam, vlla alia cautela adhibita antiquis legibus ignota, videlicet patrem grauando legitimam, filium consentiendo grauamen, quasi ambo ad excludendam matrem se inuicē coadiuuent, vt ambo simul efficiant, quod nullus seorsim posset. Nam pater non potest, nisi pupillariter substituendo excludere matrē, filius vero nisi testamento à patre facto, quòd valeat solum intra pupillarem ætatem, & cum quid vna via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti, *cap.cùm quid 84. de regulis iuris in 6.Surdus decis.21.num.4.Fusar.de substitutionibus, quæst.296.num.71.in fin. Menoch. de præsumpt. libr.4.præsumpt.38.numer.8.* Neque credibile est, in re tam frequenti omissum esse ab antiquis legibus simile remedium, cuius nullibi in toto iure mentio habeatur. Omitto pactum adiectum in capitulis matrimonialibus, iuxta consuetudinem Capuanæ, & Nidi, quod excludit etiam matrem à legitima, quod tamen in hoc

casu locum non habere, censuit sacrum Consilium, & in eo casu interuenit volūtas matris renunciatis hæreditati filij. Agimus verò modo de casu, in qua nulla interueniat voluntas renunciandi matris.

22 Neque obstat, quòd matri filius in vita legitimam non debeat, quemadmodum neque pater filio. l. 1. §. si impuberi, ff. de collocat. bonor. l. cùm quæritur 6. de inoffic. testament. Peregrin. de iure fisc. libr. 5. titul. 1. numer. 37. & 133. & de fideicommiss. art. 36. num. 14. & 15. Bossius tract. variar. tit. de bonorum publicatione, num. 27. Lara in l. si quis à liberis, §. item rescriptum, num. 15. & 16. de lib. agnosc. Crass. de successionib. lib. 1. §. legitima, quæst. 12. Surd. decis. 167. num. 1. & de aliment. titul. 8. priuileg. 26. & 77. num. 7. Riccius collectan. 665. Franch. decis. 133. Gutierez in repetit. cap. quamuis pactum, in princip. verb. Quamuis pactum, numer. 21. de pact. in 6. & repet. §. sui, numer. 94. institut. de hæred. qualit. & differ. Merlin de legitima, libr. 5. tit. 3. quæst. 1. num. 1. qui dicit, hanc sententiam communiter firmari nemine discrepante, & plures allegat, ego dixi supra disp. 20. nu. 5. hoc titul. Ac per consequens filius, aut filia eo tempore, quo nihil matri debet, vt possit suam legitimā expēdere, profundere, & dilapidare, ita poterit acceptare, & cōsentire grauamen, ex quo mater remaneat exclusa, vt remaneret, si filius sic consumpsisset bona sua, vt nihil post mortem suam relinqueret.

23 Non, inquam, obstat in primis, quoniam quicunque legitimam debet, non potest profundere, & dilapidare bona in fraudem legitimorum successorum, vt post antiquos rectè notat Fabian. in Auth. nouissima, numer. 233. et 294. C. de inoffic. test. Costa in cap. si pater, 3. part. verb. Priuare non possit, ex nu. 1. de testam. in 6. Cepolla cautela 21. n. 1. Surd. de aliment. tit. 8. priuil. 77. nu. 7. & priuil. 88. ex nu. 1. Merlin. de legitima lib. 5. tit. 3. quæst. 6. Et iuxta iura municipalia Neapolitana, & consuetud. Et si testator, tit. de successionib. morientis sine filijs ex testamento, testator si sine liberis decedat, testari potest solum de mediate bonorum antiquorum, alia enim medietas debetur, & defertur ab illa consuetudine agnatis, & cognatis proximioribus; licet verò illi in vita disponere de omnibus bonis suis, ita tamen vt nō fiat in fraudem legitimæ successionis. Nam si in fraudē dissiparet quis bona sua antiqua, alienationes reuocarentur, vt ibidem tradit Neapodan. ex num. 13. & ad eum locum Additiones Neapolitanorum, & quando fiat fraus, eleganter Præses S.C. Petrus Iordanus Vrsinus de success. feud. 1. par. quæst. 4. art. 3. ex nu. 35.

24 Secundò, esto quòd filius possit in vita sua expendere bona, quæ habet ad libitum, non tamen potest facere vita, vt bona sua post mortem relicta maneat exempta ab onere soluendi matri legitimam tempore mortis debitam, vt rectè adnotauit Gutierrez in repet. cap. quamuis pactum, in princip. numer. 14. de pact. in 6. cuius doctrinam videtur approbare Peleaz de maioratib. 4. part. quæst. 23. numer. 152. quemadmodum per contractum, aut dispositionem inter viuos non potest efficere, quin leges in suo testamento, aut etiam decedente ab intestato, locum habeant, leg. nemo potest 58. ff. de legat. 1. nec ita de bonis suis disponere, vt aut Fisco, aut creditoribus suis præiudicium afferat, l. filius familias 117. §. Diui, et l. 2. ff. eodem titulo.

25 Secundo probatur prædicta resolutio, quia pater habens filios, non potest grauare bona sua in præiudicium filiorum, vt eos excludat à iure petendi legitimam post mortem suam, & vt id efficiet requiritur consensus filiorum, aut renuntiatio legitimæ, vt pluribus prosequitur Molina de primogen. lib. 2. cap. 3. ex num. 2. Alter Molina de iustit. tracta. 2. tom. 3. disput. 579. numer. 19. & 29. Sanchez operis moralis, tom. 2. lib. 7. cap. 7. num. 26. Gutierrez de iuramento confirm. 1. par. cap. 19. num. 1. Ergo similiter filius non poterit grauare bona sua, aut quod idem est admittere grauamen in legitima paterna, quam illi liberam ab omni onere defert lex, leg. quoniam in prioribus, Cod. de inoffic. testam. vt excludat matrem, quam habet sine licentia & voluntate matris. Nam quoad hoc à pari procedūt legitima debita parentibus, & debita filijs, vt optimè animaduertit Molina de primog. lib. 2. d. c. 3. n. 48. ex vers. Hæc autem omnia, cum num. 49. & 50. Gutierr. d. cap. 19. nu. 2. & 3. Cancer. var. resol. p. 3. cap. 7. ex n. 91. Tellus Fernandez in l. 6. Tauri, nu. 63. & 64.

26 Tertio, quoniam pater, qui sciebat, aut scire debebat, matrem excludi non posse a legitima ex bonis filię debita, nisi per substitutionem pupillarem expressam, & illi non substituit, nisi per fideicommissum, tacitè ad legitimæ successionem matri debitæ sine vllo onere, matrem admisit; quare mater habet pro se viri sui tacitam voluntatem, l. conficiuntur 8. in princ. ff. de iur. codicillor. cui enim potest adimere, & nō ademit, sponte sua dedisse videtur, l. 1. §. sciendum, ff. de leg. 3. Menoch. de præs. lib. 4. præsumpt. 27. ex num. 9.

27 Quartò, quoniam etiam si fiat filio substitutio pupillaris expressa, dubitant Doctores, an mater excludatur à successione portionis legitimæ filio debitæ, vt pluribus prosequitur Menoch. de præsumpt. libr. 4. præsumpt. 38. ex num. 3. qui sentit, excludi non posse ibidem, ex numer. 4. quæ eadem fuit sententia Corrasij in l. precibus 8. nu. 29. et 30. C. de impub. & alijs, & spectatis legibus non improbabilis, & rationes, quas adducunt pro hac sua sententia, efficaciter probant prædictam resolutionem à maioritate rationis, quod mater non possit excludi à iure petendi legitimam de bonis filiæ nullo modo facta pupillari substitutione.

28 Tandē non obstat quod dicebamus sup. n. 20. posse vide licet filiū grauari à patre in legitima, si vltra 1. sa honoretur. Primo, quoniam illa sententia, quamuis communis, non est libera à contraditione, ab illa enim multi recedunt, inter quos Ant Gabriel libr. 6. commun. titul. de legitima conclus. 1. nu. 41. 42. & 43. Imo & Rodericus Suar. in d. l. quoniam in prioribus, d. ampliat. 10. ex num. 3. Fusarius de substitut. quæst. 396. numer. 71. qui refert plurimos, & multi relati à Mangilio de imputationib. quæst. 118. num. 8. versicul. Sed contrà. Secundo, quia ille consensus filij, quo admittit grauamen in legitima, nocebit quidem ipsi consentienti, non vero alijs, quibus legitimam debet, vt filijs, aut patre, vel matri superstitibus, in quorum præiudicium nihil efficere potest, vt non potest in prẹiudicium suorum creditorum, dict. l. si filius familias, in §. Diui. Omnibus expensis quamuis non omnia ista commemorata sunt, Sacrum Consilium decreuit iunctis duabus aulis in causa illorum de Balignano cum Maria Strina, Commissario Domino Cōsiliario Scipione Theodoro, in Banca de Scacciaueuto, legitimam ex bonis filię deberi matri non obstante grauamine fideicommissi impositi à patre in omni hæreditate, & prætensa fideicommissi acceptatione.

SVMMA DISPVTATIONIS Vigesimasexta.

1 *Actiones directæ quæsitæ creditori sic adhærent ipsi, vt ab eo non possint omninò auelli.*

Cùm

Cùm creditor cedit actiones solum transfert vtiles in cessionarium, ibid.

Cessione facta, cessionarius vtitur iure cedentis, ib.

2 *Quando facta cessione nulla remanet actio apud cedentem, cedens non agit contra debitorem, neque illum liberare potest.*

Cùm quis habens actionem vtilem, illam cedit, nullum ius remanet apud ipsum cedentem, ibid.

Agens sine actione repellendus est à limine iudicij, ib.

Vbi non est actio non est obligatio, & vbi non est obligatio non est solutio, ib.

Priuatio præsupponit habitum, ib.

3 *Quando actiones directæ remanent elisæ, inefficaces, & inutiles apud cedentem, non potest cedens post cessionem liberare debitorem.*

Actiones tunc remanent elisa apud cedentem cùm cessio fit ex necessitate, nullo interueniente pretio, vt in restitutione, quæsit ex S.C. Trebelliano: aut cessione, quæ fit à procuratore compulso per actionem mandati, ib.

4 *Limitanda tamē est resolutio, si debitor cedenti soluens ignoraneris probabiliter cessionem factam, nam tunc libertatem consequitur.*

Ignorantia iusta, & probabilis nulli damnum debet afferre, ibid.

5 *Debitor scienter soluens cedenti post factam cessionem non liberatur.*

6 *Cùm actiones directæ remanent apud cedentem non elisæ, quia cessit voluntariè debitor soluens cedenti liberatur.*

7 *Fallit in quatuor casibus, l. 3. C. de nouationibus.*

8 *Debitor aliundè sciens factam cessionem, quam ex denuntiationem cessionarij, an liberetur soluens post cessionem, resoluit Bartolus distinctione facta.*

9 *Scientiam simplicem debitoris, cessionem esse factam, non impedire, quin solutione debitor liberationem consequatur, sentiunt alij.*

10 *Expenditur pro hac sententia textus in eadem l. 3. Cod. de nouationib.*

11 *Debitorem scienter soluentem post cessionem liberationem non consequi, etiam si non interueniant contenta in d. l. 3. aliorum sententia probabilior.*

12 *Eum, qui certus est, vlterius certiorari non oportet.*

13 *Explicatur textus in d. l. 3. C. de nouation.*

14 *Casus simplicis scientia virtualiter comprehenditur sub casu denunciationis expressa.*

15 *Quis in concursu sit præferendus in exactione debiti, an cedens, an cessionarius, an creditor cedentis, remissiuè, & dic, creditorem cedentis praferri cedenti, & cessionario.*

DISPVTATIO XXVI.

Vtrum creditor possit liberare debitorem post factam sui crediti cessionem?

1 Actiones directæ quæsitæ à creditore sic adhærent, & infixæ sunt ossibus ipsius, vt ab eo nullo modo auelli possint. Docuit *Glossa vltima in leg. quis ergo casus 17. ff. de pecul. & Glossa in verbo. Ea verò, quæ in nominibus erant, per textum ibi in leg. ea verò 3. ff. pro socio, Speculator. libr. 2. titul. de cessione actionis, §. 1. numero 24. Caccheranus decision. 62. numero 4. Sicardus in l. 3. numero 3. C. de nouation. & deleg.* & est communis traditio Doctorum, similes in hoc caracteri, effectui quorundam sacramentorum prorsus indelebili ab anima, de quo tractant Thologi post *Magistrum in 4. sententiarum, distinctione 4. vbi D. Thomas quæst. 1. per totam, & Thomistæ post eundem Diu. Thomam 3. part. q. 63. per totam.* Cùm verò creditor actiones cedit alteri, transfert in cessionarium actiones vtiles, non directas, quæ apud ipsum cedentem remanent. Qua cessione facta cessionarius vtitur iure cedentis, & in eius locum subrogatur, *leg. empt. 5. Cod. de hæred. vel act. vend. vbi Gloss. verb. Fungitur, Barbos.* latè tractans *in l. post dotem 41. ex num. 58. ff. solut. matrim. Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 17. num. 11. & 27. Thusch. liter. C. conclus. 213.* vt verò difficultati propositæ satisfaciamus, proponendi, & distiguendi sunt diuersi casus.

2 Primus casus est, quando facta cessione apud cedentem nulla remanet actio, aut ius: vt contingit, cùm quis habet actionem vtilem, & illam cedit, tunc enim apud ipsum nullum remanet ius, vt notat *Bald. post Glossam in l. emptor. 5. numero 4. C. de hæred. vel actor. vendita, & ibidem Bartolus numer. 2. & Cynus numero 2. Angelus numer. 2. in fin.* Quo casu dicendum est, non posse cedentem agere contra debitorem, aut exigere ab eo debitum, aut eum liberare. Ratio est, quoniam si cedens tunc ageret, sine actione ageret, & ideò repellendus esset à limine iudicij, *l. si pupilli, §. videamus, vbi Gloss. verb. Non habuerit, ff. de negotiation. gestis.* Et ob eadem rationem non potest liberare debitorem, quia vbi non est actio, non est obligatio, & vbi non est obligatio, non est solutio, nec liberatio, quia priuatio præsupponit habitum, *lege manumissiones 4. ff. de iustit. & iur. leg. Titio vsufructus 95. ff. de condit. & demonstrat. leg. decem 110. ff. de verbor. obligat. capit. ad dissoluendum 13. de desponsat. impuber. Thuscus litera P. conclus. 715. Augustin. Barbosa axiomat. 189.* Ideò qui alium non habet obligatum, & contra quem actionem non habet, non potest eum liberare, argumento, *l. nemo, qui condemnare 37. ff. de regul. iur. & leg. solet 6. in principio, ff. de inofficios. proconsul. & legat.* Hanc resolutionem docuit *Bartolus in leg. ex asse 28. numero 4. ff. ad Trebel. Paulus de Castro in leg. facta 63. §. si hæres, numer. 4. ff. ad Trebel. Baldus in leg. si delegatio 3. numero 1. Cod. de nouat. & delegat. Salicetus in l. 1. numero 20. & 21. Codic. de action. & obligation.* qui limitat *Iason. in lege si cum emptore 16. numero 11. & 14. ff. de pactis, Surdus consil. 22. num. 38. libr. 1. Thuscus litera C. conclus. 185. num. 37. & 40. Trentacinquius variar. resolut. libr. 2. titul. de solut. solut. 14. num. 1. Socinus consil. 18. numer. 16. volum. 1. Guzman de euictionibus, quæst. 35. nu. 131.*

3 Secundus casus est, quando actiones directæ remanent apud cedentem, elisæ tamen inefficaces, & inutiles: quod contigit, quando cessio fit ex necessitate nullo interueniente pretio, vt quando heres facta hæreditatis restitutione ex Senatusconsulto Trebelliano transfert actiones in fideicommissarium, nam directæ, quæ apud ipsum remanent, remanent, elisæ, & inefficaces, *l. 1. in princip. ff. ad Trebellian.* Item procurator, qui per actionem mandati compellitur; aut compelli potest cedere domino actionem, quam nomine domini acquisiuit, *l. possessio 49. §. & si possessio, ff. de acquirend. possess.* retinet directam elisam, & inutilem. Et hoc casu similiter dicendum est, non posse cedentem cessione facta debitorem liberare, cùm actiones, quas retinet, remaneant elisæ, inefficaces, & inutiles. Ita sentit *Ang. in d. l. facta 63. §. Si hæres. & ib. Paul. n. 4. ff. ad Treb. Bald. in d. l. 3. n. 1. C. de nouat. & in l. 1. nu. 19.*

& 31. *Salicetus num. 21. & 22. C. de act. & obligat. idem Baldus consil. 163. præmittendum, num. 1. volum. 3. idem Angelus cons. 259. quadam dom. at. num. 3. Iason in dict. l. si cum emptore, num. 5. ff. de pact. Rip. in l. 1. in principio, numer. 12. cum sequentibus. ff. ad Trebell. Trentacinq. d. resolut. 14. num. 1. versic. Secunda conclusio. Thuscus lit. C. d. concl.* 185. *numer. 45. Guzman d. quæst. 35. numer.* 131. *versicul. Secunda conclusio*.

4 Limita huius casus, & præcedentis resolutionem, si debitor cedenti soluens ignorauerit ignorantia probabili cessionem factam, tunc enim soluens liberatur. Limitationem probat *textus in l. vltima, ff. de transact.* vbi eam docent *Bart. Baldus in vtraque lectura, Albericus, Angelus, Fulgosius, Paulus, idem Baldus in d. l. 1. num. 33. C. de act. & obligat. Cacheranus decis. 45. numer. 2. Fachin. controuersiar. iuris, libr. 3. c. 94. Trentacinq. dict. resolut. 14. num. 5. versicul. Primo casu. Iosephus Ludouic. commun. conclusionum, titul. de cessionar. & cessione conclusione vnica, versicul. Declara tertio*. Ratio est, quia ignorantia iusta, & probabilis nulli damnum debet afferre, §. *item si adhuc, Instit. de mandato, & ibi glossa*.

5 Sed an istis casibus debitor scienter soluens cedenti post factam cessionem liberetur? Respondet *Baldus in d. l. 1. num. 33. C. de act. & obligat.* non liberari & esse casum indubitabilem, quia iura directa cedentis sunt elisa, & probat à contrario sensu *ex dict. leg. vltim. ff. de transact.* idem docet *cons. 105. num. 4. vers. Porro in restitutione, vol. 3. Thuschus liter. C. d. concl. 185. numer.* 55. Quando verò elidantur iura directa cedentis per cessionem, declarat idem *Baldus in d. l. 1. numer. 31.* dicens, hanc quæstionem esse de apicibus iuris.

6 Tertius casus est, quando actiones directæ remanent apud cedentem non elisæ, neque omnino inutiles, imò efficaces, veluti cum cedens, cedit voluntarie; & tunc dicendum est, debitorem soluentem cedenti liberari, probat *textus in l. 3. C. de nouation. & delegat.* vbi statuitur regula cum limitationibus, & docent ibi Doctores, *Baldus* qui optimè loquitur *cons. 105. factum tale est, num. 4. vol. 3. Cumanus cons. 4. ex num. 3. Socinus lit. D. reg. 4. Ronchegallus in l. 3. in princ. num. 64. ff. de duob. reis. Thuschus lit. C. d. concl. 185. ex num. 1.*

7 Limita hanc resolutionem in quatuor casibus contentis *in d. l. 3. C. de nouationibus*. Videlicet Primò, si debitor à suo creditore fuerit delegatus facta in forma, & propriè delegatione, ad quam requiritur debitoris scientia, & consensus, *l. 1. C. de nouation*. Secundò, si cessionarius exercens aduersus debitorem actiones vtiles, litem fuerit contestatus. Tertiò, si cessionarius exigere cœperit à debitore, & ab eo partem debiti acceperit. Quartò, si cessionarius denunciauerit debitori cessionem factam, & se esse cessionarium. Denunciatio autem ita fieri debet, vt exprimatur causa, & ostendatur instrumentum cessionis debitori, alioqui debitor non tenebitur credere cessionario, cessum esse nomen, si soluens simpliciter illi denunciet, nè soluat, vt docet *Bartol. in l. grege 13. §. cum pignori, numer. 2. ff. de pignorib.* iuxta *textum in l. nomen quoque 4. C. quæ res pign. obligat. poss. ibi: Nondum certior à te de obligatione tua factus, & in l. 1. in principio, numer. 20. ff. de noui oper. nunciat. Alexandr. consil. 138. ex num. 2. ad 4. libr. 7. Socin. regul. 112. debitor. versicul. Primò fallit, alias liter. D. dict. regul. 4. (Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 2. numer. 39. versicul. Et adde quod requiritur, Barbos. in leg. si alienam 12. numer. 11. & 12. ff. solut. matrimon.) Guzman de euictionib. quæst. 35. numer. 166. Trentacinquius variar. resolut. libr. 3. titul. de solutionibus, resolut. 29. numero 4. Gratianus disceptat. forens. tom. 2. cap. 356. numero* 39. Istis enim casibus debitor post factam delegationem, aut cessionem soluens delegantì, aut cedenti, non liberatur. Hanc limitationem probat *textus in dict. l.* & ibi notant omnes Scribentes.

8 Est tamen inter eos magna controuersia, an istis casibus debeat adiungi alius, videlicet si debitor aliundè sciat, suum nomen esse cessum; & an hæc scientia aliundè quæsita impediat, quominus debitor soluens creditori suo post cessionem consequatur liberationem, quia potuisset se defendere ea exceptione obiecta creditori, tu cessisti nomen: & ius tuum, ideò non potes me conuenire, & sic alios habet vtilem actionem, quæ tuæ directæ præfertur, vt in *l. si cum emptore 17. ff. de pact.* an potius requiratur scientia debitoris quæsita illis tribus, aut quatuor modis commemoratis *in dict. l. 3.* vt debitor sit inexcusabilis. Quam controuersiam *Bart. in l. facta 63. §. si heres, numero 2. & sequentib. ff. ad Trebell. & in leg. si cum emptore 17. in principio, numer. 1. & 2. ff. de pact.* post *Iacobum de Arena*, quem refert, distinctione facta componit distinguens, an cessio fiat ad commodum cedentis, aut ad commodum cessionarij; vt primo casu non satis sit simplex scientia; secundo verò sufficiat, quam distinctionem sequitur *Paul. in d. l. facta, §. si heres, nu. 4. Cranet. cons. 277. num. 2. Surd. cons. 82. num. 38.* cum multis, quos refert *Sicardus in d. l. 3. num. 14. & 15. Cacheranus dec. 45. nu. 4. & dec. 62. ex num. 1.* qui ibidem nu. 6. ait, malle se in hoc articulo alios audire, quàm scribere.

9 Alij omnibus distinctionibus reiectis indistinctè dicunt, scientiam simplicem debitoris, nisi interueniant illi quatuor modi, quos refert *dict. l. 3.* & scientia debitoris per illos quæratur, non efficere, quin debitor soluens cedenti post simplicem cessionis scientiam, liberationem consequatur. Ita *Angelus in d. l. facta, §. si heres, numer. 2. ff. ad Trebel. Albericus in d. l. 3. C. de novat. & in l. si cum emptore 17. numer. 3. ff. de pact. Afflictis decis. 335. ex numer. 22. Cumanus consil. 4. numero 4. & 5. (Anton. Fab. coniecturar. libr. 2. cap. 5.) Fabius de Anna in additione ad singulare 486. Ioannis Vincentij, Ioseph. Ludouicus commun. conclusionum, titulo de cessionario, & cessione, versic. Quò verò ad cessionem*.

10 Quam sententiam videtur probare *textus in ead. l. 3.* vbi statuitur regula posse cedentem agere contra debitorem cessum, imò præferri cessionario, exceptis solum illis tribus, aut quatuor casibus ibidem expressis. Cùm igitur in illis exceptionibus non contineatur casus simplicis scientiæ, remanebit sub regula, vt etiam data simplici scientia debitoris soluentis post factam cessionem, possit à cedente liberationem consequi.

11 Alij tandem sentiunt contra, quinimò data simplici scientia debitoris scientis, suum nomen esse cessum, si soluat post cessionem cedenti, non posse ab ipso consequi liberationem, etiam si non interueniant illa contenta *in dict. l. 3.* Hanc sententiam amplectitur *Cacheranus dec. 45.* quem sequitur *Fachineus libr. 7. controuersiarum, cap. 94. Thesaurus decis. 211. num. 3. Thesaurus quæst. forensium, libr. 4 quæst. 12. Ioseph. Ludouicus commun. conclusionum, tit. de cessionario, & cessione, conclus. vnica, in fin. versicul. Declara decimonono, Trentacinquius libr. 3. variarum, titul. de solutionibus, d. resolutione 14. numero 3. versic. Secunda, quòd cedens, & numero 5. versicul. Aut sciebat*, & ita intelligendus *Hieronymus de Laurentijs decis. Auenionens. 99. Salernitanus decis. 35. num. 5. Guzman de euictionibus, quæst. 35. num. 137. & numero 171. cum sequentibus*. Faciunt *Angelus Aretinus in §. præterea, numero 43. versicul. Quarto*

Quarto potest opponi, Instit. de exceptionibus, & Ioan. Vincen. de Anna singulari 486. Fundamentum est *textus in l. vltima, ff. de transact.* vbi ignorantia est causa consequendæ liberationis. Ergo scientia operabitor, ne debitor scienter soluens possit liberari argumento à contrario sensu, quod in iure validum est, vt latè prosequitur *Mantica de tacitis, & ambig. conuention. libr. 2. tit. 14. & libr. 23. tit. 14. num. 19. & 21. & de coniectur. vltimar. volun. libr. 3. tit. 15. 16. & 17. Fachineus lib. 13. controuersiarum, ex c. 3. ad 11. Corsetus singulari 1. 2. 3. 4. & 5. Thuseh. liter. A. concl. 498. Alex. in l. 1. ex num. 38. ff. de eo, cui mandat. est iurisd. Decius ibid. ex num. 47. Felinus in cap. significasti 18. ex num. 9. vers. de argumento à contrario sensu, de foro compet.* cum plurimis consultò omissis.

12 Confirmatur, quia eum, qui certus est, vlterius certificari non oportet, *l. 1. in fin. ff. de act. empt. cap. eum, qui certus 31. ff. de reg. iur. in 6. Augustinus Barbos. Axiomate iuris* 41. Si ergo debitor cessus non ignoret cessionem factam, in mala fide versatur soluens cedenti: & quemadmodum si à cessionario fuisset denunciatus, non posset consequi liberationem, ita neque cùm ipse cessione certus est, quia tunc vlterius per denunciationem certificari non oportet, vt in proposito casu censuit *Bartol. in l. nomen quoque 4. numer. 7. C. quæ res pignor. oblig. poss.* quam etiam sententiam confirmat *textus in leg. ait Prætor. 10. §. si quis particeps, ff. quæ in fraudem cred.* & hæc sententia videtur probabilior, in qua receditur à vulgaribus distinctionib. Doctorum, quæ totam rem confundunt, & reddunt difficiliorem.

13 Ad fundamentum contrariæ sententiæ, in quo tota difficultas versatur, respondetur primò, quòd *dict. l. 3. C. de nouationibus*, loquitur de casu, quo regulariter cedens potest agere contra debitorem, vt eum cogat soluere potius sibi, quàm suo cessionariò, & statuit, regulariter id posse cedentem efficere. Excipit autem ab hac regula tres illos, aut quatuor casus, in quibus non comprehenditur casus simplicis scientiæ debitoris, qui conuentus à cedente non excusabitur illa exceptione, *tu cessisti*, quasi tunc debitor videatur allegare de iure tertii, contra *leg. loci corpus 4. § competit, ff. si seruit. vendicet.* Non agimus de casu, quo debitor spontè, & vltro soluit, quod si faciat post habitam notitiam cessionis, dicimus, non posse consequi liberationem à cedente, quamuis casus simplicis scientiæ nō sit expressus in *d. l. 3.* Aliud est enim, an inuitus debitor possit cogi ad soluendum, quo casu simplex notitia cessionis non liberat debitorem ab exactione creditoris cedentis, quia in eo non excusatur, nisi interueniat vnum de tribus illis, aut quatuor contentis in *d. l.* & quando cedens iure exigit, liberat, quando iure non potest exigere, non liberat. Aliud verò est, an debitor voluntariè, & spontè soluens cedenti possit consequi liberationem: & dicendum est, spontè soluentem cedenti habita simplici notitia cessionis non posse liberari debitorem à cedente, & hoc video Interpretes communiter non animaduertisse. Ex quo prædictus *textus in d. l. 3.* non aduersatur sententiæ, quam diximus probabiliorem.

14 Quòd si videatur incommodum, debitorem soluere coactum post cessionem liberationem consequi, præterquàm in tribus casibus, aut quatuor in *d. l. 3.* contentis, spontè verò, & vltro soluentem data scientia cessionis, qui est casus vltra illos quatuor, non liberari. Responde secundò, casum simplicis scientiæ virtualiter comprehendi sub casu denunciationis expresso in *dict. l. 3.* Cum enim denunciatio solum eo fine fiat debitori, ne cessionem ignoret, eum, qui aliundè eius conscius est, vlterius certiorari non oportet, vt dictum est, & latè tractat *Thus. lit. C. concl. 199.*

15 Quis verò in concursu sit præferendus in exactione debiti, an cedens, an cessionarius, an creditor cedentis? vide *Alexand. cons. 17. lib. 1. & cons. 15. libr. 6. Raphaelem Fulgosium consil. 186 Iasonem in §. item si quis in fraudem, num. 117. Instit. de action. Parisium cons. 107. numer. 109. & seqq. par. 3. Thuscum liter. C. conclus. 183. num. 14. & 15. & conclus. 185. ex numer. 25. & conclus. 213. numer. 38. & lit. H. concl. 129. numer. 42. Anton. Fabrum lib. 8. Codicis, titul. 29. diffinitione 10. Sicardum in d. l. 3. num. 13. C. de nouat. & delegat. Guzman de euictionibus, quæst. 35. ex numer. 139. Trentacinquium variar. resolut. lib. 3. tit. de solutionibus, resolut. 29. numer. 8. Marescotum variar. resolut. libr. 2. cap. 126. Scacciam de commercijs, §. 2. gloss. 5. quæst. 17. num. 418. & textum in l. si conuenerit 18. in princip. ff. de pignor. action.* ex quibus colliges, præferendum esse creditorem cedentis cedenti, & cessionario.

SVMMA DISPVTATIONIS.
Vigesimaseptima.

1 *Proponitur casus difficultatis.*
2 *Creditor posterior compensare potest cum debitore in præiudicium creditoris anterioris.*
3 *Compensatio fit ipso iure sine ministerio hominis.*
4 *Compensato debito posterioris creditoris, nomen ipsius extinguitur, ib.*
In casibus, in quibus compensans pateretur damnum, vel pœnam, nisi compensatio fieret, fit compensatio ipso iure.
Creditor non compensans si est alius anterior creditor, creditum amittit.
5 *Cùm debitor declarat, se velle compensare, potest compensare.*
6 *Creditorem posteriorem, eundemque debitorem non posse compensare in præiudicium anterioris creditoris, qui senserint.*
Nomen huius debitoris, qui est etiam creditor est hypothecatum prioribus creditoribus, ib.
7 *Non recedat à priori sententia.*
Creditor hypothecarius anterior præfertur posterioribus in hypotheca, donec extat: aliter verò si hypotheca, quæ est resolubilis extinguatur, ib.
Adnotatur hæc in re elegans, & acuta consideratio Bartoli in l. nomen, C. quæ res pign. oblig. poss.
Dolo non facit qui auxilio legis vtitur, ib.

DISPVTATIO XXVII.

Vtrùm debitor creditoris obligati alijs creditoribus possit compensare suum debitum in præiudicium creditorum sui creditoris?

1 VT explicetur titulus præmitto casum A. debitor B. in centum est creditor eiusdem in alijs centum B. habet creditores C. & D. anteriores quàm A. C. & D. dirigunt actiones suas contra A. tanquam debitorem debitoris sui, A. defendit se exceptio-

ne compensationis, dicens se velle compensare centum, quæ illi debet B. cum centum debitis a se. Dubitatur, an possit obijcere hanc compensationem, & possit illam facere in præiudicium C. & D. creditorum anteriorum eiusdem B. quod re vera est sibi soluere ante creditores anteriores, cum certum sit, compensationem aut esse solutionem, aut habere vicem solutionis, iuxta adnotata à *Carolo de Graffis tractatu de exceptionibus exceptione 16. ex num. 9.*

2 Prima sententia affirmat, posse in hoc casu obijci compensationem creditoribus anterioribus, & præferendum esse creditorem posteriorem sibi per compensationem soluentem quibuslibet creditoribus anterioribus sui creditoris. Ita sentit *Angelus consil. 259. quadam domina, num. 1. in fin. Asinius tractatu de executionibus, §. 7. cap. 62. Flaminius Cartarius decis. 62. Riccius collectanea 118. versicul. Item cùm debitor, Scaccia de commercijs, §. 2. gloss. 5. ex numer. 417. & numer. 424. Marta voto, seu decis. 48. ex numer. 18. Gattus de credito, cap. 4. quæsito 7. ex num. 355. Rouitus, tamet si subobscurè, consil. 64. num. 5. lib. 2. Diana resolutionum moralium, par. 3. tractatu 5. resolutione 10. & in additionibus ad primam secundam et tertiam partem, resolutione 8.* qui hoc etiam in foro conscientiæ seruari oportere putat.

3 Probat Scac. hanc sententiam. Primò, quia compēsatio fit ipso iure sine ministerio hominis, *l. verum 4. l. si ambo 10. in principio, ff. de compensationib. l. si constat 4. & leg. ultima, C. de compensat. §. in bonæ fidei, Institut. de actionib. Tiudarus de compensationib. articul. 6. numer. 47. 51. & 74. & artic. 7. num. 27. vers. Quid ergo, tom. 6. tractat. par. 2. Afflictis decis. 321. ex num. 1. Cuiacius lib. 8. obseruation. cap. 16. & ad Iulium Paulum libr. 2. sententiarum, titul. 5. ad finem, Pichardus in §. in bonæ fidei 30. ex numero 41. Inst. de actionib. Iason. num. 1. & 10. Corrasius numer. 10. & 11.* Ex quo fit vt compēsato credito illius posterioris creditoris, nomen ipsius extinguatur, & euanescat; ac per consequens creditores anteriores mihi possint exigere ab ipso.

4 Secundò, quia saltem in illis casibus, in quibus compēsans pateretur damnum, vel pœnam, nisi compensatio fieret, fit compensatio ipso iure absque controuersia, vt ad impediendum cursum vsurarum, & vitanda alia quæcunque damna, vt docet *Glossa prima in fine, in dict. leg. si constat*, & plurimis adductis tradit *Tiraquellus de retractu lignagier, §. 3. gloss. 3. numero 8. Medices de compensationibus 1. part. quæst. 21. numero 3. & quæst. 50. ex numero 4. Scaccia de commercijs, §. 2. d. gloss. 5. ex num. 427. vsque ad 431. Graffis tract. de exceptionibus, exceptione 16. num. 49. Tepatus in compendio variar. tom. 1. titul. 160. capit. 2. versicul. Ne currant vsuræ, Pichardus in d. §. in bonæ fidei 30. num. 45. Instit. de actionibus, Gaspar Rodericus de annuis redit. lib. 2. quæst. 18. ex numer. 2. Castillo quotid. controuer. 1. lib. 4. cap. 40. numer. 212. & sequent bus, Gamma decision. 91. numero 2. & ad eum locum Flores de Mena, qui multos allegat, Barbos. in l. diuortio 8. §. ob donationem, num. 33. ff. solut. matrim. Molina de iustitia, tractat. 2. tom. 2. disputat. 560. num. 1. Caballinus tract. de vsuris. quæst. 43. numer. 322.* Collega noster meritissimus *Scipio Theodorus allegatione 69. num. 6. Hermosilla in l. 10. tit. 1. par. 5. gloss. 4. num. 210. Bellonus decis. 34. num. 8. & 9. Vesconte in conclusionibus iuris, liter. C. verb. Compensatio.* Sed in hoc casu, de quo agimus, creditor posterior non compensans amitteret debitum, dum creditores anteriori sui creditoris auferrent omnia eius bona, & postea vellent ab eo exigere quod suo creditori debet, tanquam a debitore debitoris sui, quod interuenirent integrum, & illæsum, immune à compensatione.

5 Tertiò, quoniam si iste debitor declaret, se velle compensare, non erit dubium, quin compensare possit, nam quicumque factum hominis requirunt ad faciendam compensationem, nullum aliud factum requirunt, quàm declarationem voluntatis compensare volentis, vt dicit *Surdus decis. 191. ex numer. 15. et Graffis tractatu de exceptionibus, dict. exceptione 16. num. 47. & 48. & ij, quos suprà num. 3. allegauimus.* Ergo in casu, de quo agimus, si iste debitor cum debitore suo compēsare velit creditum, statim fiet compensatio ipso iure, operante beneficio compensationis suum effectum, etiam in preiudicium anteriorum creditorum, qui non poterunt effectum beneficij iuris impedire. Maximè si debitor iste ab initio compensare velit, antequam adhibeantur quatuor illa impedimenta contenta, *in d. l. 3. C. de nouationib.* videlicet litis contestatio, partis debiti receptio, denunciatio, & delegatio, vt notat *Gratianus disceptationum forensium, tom. 2. cap. 356. ex num. 13. & Surdus consil. 82. ex num. 29. lib. 1.*

6 Contrariam tamen sententiam, quinimò creditorem posteriorem, eundemque debitorem non posse suum debitum compensare cum suo creditore, qui habeat bona sua obligata anterioribus creditoribus; ac per consequēs etiam nomen debitoris sui, eiusdemque creditoris, tuentur *Franchis decis. 53. & decis. 527. numer. 5. Bellonus decis. 190. num. 19. Cardinalis Albanus*, quem refert, & sequitur *Asinius de executionibus, §. 7. cap. 65. Sesse de inhibitionibus, capit. 5. §. 7. numer. 8. 10. & 11. Castill. quotid. controuersiar. lib. 5. cap. 40. ex numer. 116. Gaspar Rodericus de annuis redditibus, lib. 2. quæst. 19. num. 2.* Fundamentum est, quia nomen huius debitoris, qui est etiam creditor, est hypothecatum prioribus creditoribus sub hypotheca bonorum generali, quæ cadit etiam supra nomina debitorū *l. si conuenerit 18. in principio, ff. de pignorat. act. l. nomen quoque 4. C. quæ res pignor. obligat. possess. Capicius decis. 88. numer. 2. & 3. Socinus consil. 116. numer. 3. volum. 1.* Ergo in eo debent præferri creditores anteriores, iuxta regulā vulgatam, potiorem esse in iure, qui prior est tempore. Et quemadmodum debitor creditoris obligati alijs creditoribus, non poterit soluere illi post denunciationem factam, ne soluat, iuxta *l. 3. Cod. de nouation. et dict. l. nomen quoque 4. C. quæ res pignor. obligat. possess.* ita neque poterit compensare, qui quidam modus est solutionis, ob malam fidem, & fraudem præsumptam.

7 Sed non est recedendum à priori sententia, quæ verisimilior est, & habet vrgentiora fundamenta. Neque obstat fundamentum postremæ sententiæ, quia resp ondendum est, creditorem hypothecarium priori præferri in hypotheca cuilibet posteriori, quandiu hypotheca extat, verum ius prioritatis nō tollere naturam hypothecæ resolubilem, & extinguibilem. Exempli gratia. Si quis habeat hypothecam super annuo reditu sui debitoris, non poterit efficere, ne iste annuus reditus, seu census extingui possit a debitore illius per redemptionem, seu retrouentionem: qua facta extinguetur hypotheca, & deinceps nullum ius habebit creditor super annuo reditu extincto, *l. sicut 8. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* ex celebri regula, quod resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *leg. lex vectigali 31. ff. de pignorib.* & dictis suprà *hoc titulo disputat. 23. numero 29. in fin.* Ita similiter in præsenti, in nomine hoc debitoris obligato prioribus creditoribus sui creditoris præferrentur creditores anteriores, si nomen extaret, verum cum hoc no-

men

men extinguatur, & resoluatur ipso iure, eo ipso quòd debitor declaret, se velle compensare, fit vt hypotheca, quoq; supra nomen imposita resoluatur, & extinguatur, & sic creditores anteriores amittant id, in quo deberent præferri: & non habeant, in quo præferantur. Etenim lex ipso iure operatur interius extinctionem, quam nulla inhibitio impedire potest, quemadmodum potest impedire denunciatio exteriorem pecuniæ solutionem, vt acutè considerat *Bartol. in l. nomen quoque 4. numer. 5. versic. Solutio, C. quæ res pignor. oblig. possunt*: distinguens inter pignora corporalia, & incorporalia, vt in primo casu per debitorem alienantem non præiudicetur creditori, cum res corporales appareant; secus in incorporalibus, quæ non apparent. Quasi possit in hoc secundo casu compensando præiudicare creditoribus. Qua extinctione, & resolutione, auxilio, & efficacia legis interius operantis subsequuta, extinguitur hypotheca anteriorum creditorum, & sic remanent elusi, & sine hypotheca. Nulla tamen fraus, aut dolus, & mala fides hic considerari potest ex parte debitoris compensantis, dum lex hanc extinctionem & resolutionem operatur, & debitor sibi prospiciens vtitur auxilio legis, *l. nullus 56. ff. de regul. iur.*

SVMMA DISPVTATIONIS

Vigesimaoctauæ.

1 *Qvæ ad hanc difficultatem attinent non sunt benè discussa.*

2 *Creditor posterior dans pecuniam ad emendum prædium cum pacto, quod maneat ipsi hypothecatum, præfertur in pretio prædij omnibus creditoribus anterioribus.*

3 L. licet, C. qui potiores, *loquitur de creditore gratis mutuante debitori ad prædium emendum.*

4 *Constitutio* d. l. licet, *est exorbitans, & limitatio regulæ generalis, qui prior est tempore, potior est iure, & ideo non extendenda vltra casum, de quo loquitur.*

5 *Ratio decidendi ad prædictam* l. licet, *quam reddit* Ioannes Franciscus de Ponte.

6 *Reijcitur prædicta ratio decidendi, in qua continentur multa contra aperta iuris principia.*
Ad consequendum priuilegium legis licet, necessaria est hypotheca specialis, ib.

7 *Ius in* d. l. licet, *est speciale contra regulam.*
Falsum est, quod creditor acquirat hypothecam in re empta antequam transeat in dominium debitoris.
Debitor non potest imponere onus hypotheca in re empta antequam sit sua, ib.
Prioritas concessa creditori per d. l. licet, *prouenit ex priuilegio, non ex iure ordinario, ib.*

9 *Prioritas concessa creditori simul concurrenti cum alio in pignore, oritur ex priuilegio.*

10 *Cur requiratur in* d. l. licet, *ad prioritatem secundi creditoris, quòd res sit empta de sua pecunia.*

11 *Debitores adstricti hypotheca generali non possunt præiudicare creditoribus anterioribus in acquirendis quocunque genere acquisitionis.*
Vni per alterum non potest iniqua conditio inferri, ib.

12 *Ratio vera decidendi* d. l. licet, *traditur.*
Iuxta illam nullam potest esse iusta priorum creditorum querimonia, quibus redundant potius beneficium sine vllo damno ex contractu secundi creditoris cum debitore, ibidem.

13 *Ampliant quidam in* d. l. licet, *vt non sit necessaria hypotheca specialis ad consequendum illud priuilegium.*

14 *Verius est, requiri specialem hypothecam in terminis* dict. l. licet.

15 *Ampliatur secundo* d. l. licet, *ad casum, quo quis vendit rem debitori anteriorum creditorum, cum pacto hypothecæ specialis, vt præferatur in re vendita, & eius pretio anterioribus creditoribus.*

16 *Verùm ab hac ampliatione recedit* Petrus Barbosa, *vrgentibus rationibus.*

17 *Proponitur obiectio.*

18 *Res vendita non deuenit hypothecata ad debitorem, quia non potest hypothecari à venditore, dum est sua, neque cùm est emptoris.*

19 *Limitatio regulæ*, l. neque pignus, *communiter tradita in hoc casu locum non habet.*

20 *In re aliena non potest quis hypothecam constituere.*

21 *Ad ampliationem prædictam* d. l. licet, *non potest recedi, tùm ob communem sententiam, tùm quia militant eædem rationes, quæ in casu legis.*

22 *Tertia ampliatio* d. l. licet, *tradita à* Feliciano.

23 *Impugnatur, & reijcitur ampliatio* Feliciani.

24 *Ampliatio quarta* Cepollæ.

25 *Improbatur ampliatio* Cepollæ.

26 *Quinta aliorum ampliatio.*

27 *Reijcitur quinta ampliatio.*
Nullum beneficium confert in debitorem, qui ab eo emit censum, ib.

28 *Creditor pecuniæ depositæ, ex qua vsuras accipit, amittit priuilegium inter creditores personales, quod habiturus erat, si vsuras non exigeret.*

29 *Mutuans gratis, vt ematur nauis habet priuilegium inter cæteros creditores, qui autem mutuat sub vsuris priuilegium non habet.*

30 *Prædium emptum ex pecunia data in pretium census non emitur ex pecunia creditoris census, sed ex pecunia venditoris census.*

31 *Argumentum efficax, quo id probatur.*

32 *Occurritur obiectioni &c. n. 33.*

34 *Sexta ampliatio* d. l. licet, *est controuersa, & eius resolutio, remissiuè.*

DISPVTATIO XXVIII.

Vtrum creditor qui dedit pecuniam ad rem emendam cum pacto, quòd res empta remaneat specialiter hypothecata pro solutione creditæ pecuniæ, præferatur in illa re omnibus creditoribus emptoris, etiam anterioribus.

1 Ideo quæ ad hanc difficultatem attinet, neque satis, neque rectè discussa, & iura de hac re loquentia quorundã interpretationibus distorta, & vltra modum producta: ideo visum est aliquanto præstius omnia perscrutari.

2 Respondendum est, creditorem posteriorem, qui dedi debitori pecuniam ad emendum prædium, seu quamuis rem, cum pacto, quòd eadem res remaneat specialiter sibi hypothecata pro solutione creditæ pecuniæ, habere proculdubio priuilegium prælationis super illa re

empta

empta ex sua pecunia aduersus omnes creditores, etiam anteriores prædicti debitoris. Ita expressè statuitur in *l.licet 7, C. qui potiores in pignor. habeant. cum qua concordat textus in Authentic. de æqualitate dotis, §. his consequens est, collat. 7. seu Nouella 97. cap. 3.* & quod est magis est de iure antiquiori *textus in l. vltima, §. negotiatori*, vbi notat *Fulgosius, ff. qui potiores*, & de iure Castellæ *textus in l. 30. tit. 13. part. 5.*

3 Sed animaduertere oportet, *dict. l. licet*, & omnes textus concordantes loqui de posteriori creditore, qui dedit debitori pecuniam mutuam gratis, cum onere tamen, seu vinculo, vt ex illa emeret prædium, quod sibi specialiter remaneret hypothecatum pro solutione mutuæ pecuniæ. Ita illam legem explicarunt ibi: *Accursius, Cynus, Albericus Bartolus, Baldus, Salicetus, Fulgosius, Sicardus, Alexander in additione ad Bartol. in verb. Cuius pecunia in dict. l. licet, Zasius in l. quod quis, numer. 3. in fine, cum numer. 4. ff. de priuileg. credit. Ripa in l. Senatusconsulto 1. num. 13. ff. in quibus caus. pig. vel hypothec. tacit. contrah. & in l. priuilegia, numero 32. ff. de priuileg. credit. Baldus Nouell. in repetit. l. 1. n. 223. ff. soluto matrimon. & tract. de dote, part. 10. nu. 3. & num. 35. Barbos. in l. si cum dotem 23. §. finali, numer. 34. & 35. ff. solut. matrim. Gregor. Lopez in d. l. 30. tit. 13. par. 5. gloss. 4. Cepolla cautela 124. Negusant. de pignor. 4. part. n. 36. & 5. part. memb. 1. numer. 17. Couarr. lib. 1. var. cap. 7. num. 2. versic. Prætor hæc Gutierr. lib. 3. practic. quæst. 99. numer. 4. & 8. & alleg. 15. numero 1. Flores de Mena libr. 1. varior. quæst. 6. artic. 3. numer. 13. Castill. libr. 3. quotid. controuers. cap. 8. num. 14. Afflictis decis. 306. numer. 5. & ibi Vrsill. numero 1. & sequentibus, Sesse decis. 42. ex numero 7. Ponte decis. 34. ex numer. 3. Ioseph. Ludouic. decis. Perus. 45. ex num. 19. Anton. Faber libro 8. Codicis tit. 8. diffinitione 10. Assinius de executionibus, §. 7. capit. 14. ex principio, Ceuallos in speculo practic. quæst. 744. numer. 1. & 2. Thuscus lit. H. conclus. 131. ex nu. 16. Marianus Socinus Iunior cons. 10. numero 7. & 8. part. 3. Morotius respons. 54. ex numer. 2. Molina de iustitia, tract. 2. disputat. 536. numero 13. Syntagmat. commun. opinion. libr. 8. tit. 11. numer. 17.*

4 Est autem constitutio illius legis exorbitans, vtpotè limitatio generalis illius, & celebris regulæ, vt is, qui prior est tempore, potior si iure, *l. potior 12. ff. qui potiores l. si fundum 4. & in d. l. licet 7. in princ. C. eod. tit. l. 2. C. de priuileg. fisci l. quoties in vtriusque 99. ff. de regul. iur. cap. qui prior 54. de regul. iuris in 6.* de qua late *Cassaneus Catholog. gloriæ mundi 12. part. consider. 99.* Ac per consequens non extendenda, & ampliande, *l. quod verò contra 14. l. ius 15. d. ius singulare 16. ff. de leg.*

5 De ratione decidendi occurit dubium. Quidam dicunt, rationem decidendi illius textus esse, quod cum mutans pecuniam det illam vinculatam ad facienda emptionem prædij, & illud prædium in prima sui acquisitione acquiratur cum hypotheca, & obligatione in fauorem eius, qui pecuniam dedit, transit affectum cum sua causa initia & nō potest plus iuris trāsferri in creditores anteriores debitoris, quàm illud, quod idemet debitor acquirit, & qui dat talem pecuniam, contrahit, & paciscitur, & acquirit suam expressam obligationem, & hipothecam, antequā res transeat in dominium huius debitoris, & sic si taliter contrahentes præferuntur creditoribus quibuscunque ipsius, non est, quia sunt posteriores, sed quia sunt anteriores, & in his applicentur verba *text. in l. si is, qui 28. ff. de iure fisci, præuenit enim causam pignoris Fiscus*. Sic hi præuenerunt causam pignoris isti taliter contrahentes, antequam dominium rei debitori acquireretur. Vnde mirum non est, si regula *text. in dicto capite qui prior.* non applicatur, nec habet initium regula *text. in l. 2. C. de priuileg. fisci*, nec dicta ibi per Doctores. Ex quo colligitur, non esse prælationem posterioris creditoris contenta in prædicta lege, priuilegium contra iuris regulam, sed ius ordinarium proueniens ex speciali hypotheca. Ita reddit illius textus rationem *Ponte decisione 34. numer. 8.* cum quo ex parte conuenit *Negusant. de pignor. 5. part. memb. 1. numer. 17. & Sesse decis. 42. numer. 12.* & illis multum fauet *Conanus*, similia considerans, *commentar. iuris ciuilis. lib. 4. cap. 17. numer. 7. 8. & 9.*

6 Verum planè doctissimus homo dormitauit, & dum ex affectu proprio conatus est reducere ad ius ordinarium singulare ius *dict. l. licet*, miscuit multa contra aperta iuris principia: ideò displicet hæc ratio decidendi. Primò, quoniam ex illa sequeretur, non esse necessariam specialem hypothecam in casu *d. l. licet*, ad consequendū illud priuilegium, siue mauis anterioritatem. Quod quāuis nonnulli affirmauerint, vt dicemus *infra num. 13.* contraria sententia est communissima, vera, & apud omnes recepta, vt dicemus *numer. 14.* iuxta textum ipsum *in d. l. licet*, quæ requirit ad acquirendum illius textus priuilegium specialem hypothecam inductam in fauorem creditoris secundi. Consecutio apertè probatur quoniam si prioritas illa oriretur ex eo, quod res, quæ acquiritur à debitore, non potest ad illum transire, nisi affecta onere imposito, illud idem contingit in hypotheca generali, quę similiter affirit rem à debitore acquirendam, & cùm illā debitor acquirit, transit ad illum affecta illo onere generalis hypothecę, vt notat *Negusant. de pignoribus 4. parte principio numer. 33. & 5. parte membro 2. ex numero 3.* Et si hoc onus in prima acquisitione contractum postponeret anteriores creditores, antepositio posteriori, nunquā anteriores creditores non postponerentur, aut excluderentur, cùm fit contractus à debitore, cum posteriore creditore, qui sibi per generalem hypothecam prospicere vellet, vt reuera omnes prosciunt, qui de contractu faciunt instrumentum, in quo semper apponitur clausula generalis obligationis bonorum: & sic non esset necessarium obseruare conditiones, quas requirit *text. in d. l. licet, & ad eum Doctores*.

7 Secundo, quia quemadmodum res acquisita à debitore, cui ex contractu, cum secundo creditore imponitur onus specialis hypothecæ, non potest ad illum transire, nisi affecta illo onere ex prima acquisitione imposito; ita non potest liberari ab onere priorum hypothecarum contractarum ab anterioribus creditoribus, quibus etiam ex prima acquisitione obligatur nisi aliquod priuilegium particulare secundum onus preferret primo. Preterquam quod ipse *textus in dict. l. licet*, palam docet, illud esse speciale ius contra regulam, quam in ipso principio, præmittit & ibi notat *Sicardus in principio, & textus in §. his consequens, in Authent. de æqualitate dotis*, expressè asserit, hanc prælationem secundi creditoris esse priuilegium.

8 Tertio, item falsissimum est, quòd præsupponit *Ponte*, videlicet secundum creditorem acquirere hypothecam in re empta, antequam transeat, in dominium debitoris, quod repetit *decis. 4. num. 45. & 46.* etenim secundus creditor non acquirit hypothecam, nisi ex voluntate debitoris, illam imponentis super re empta. Venditor enim non imponit illam, qui non interuenit in isto contractu facto inter emptorem, & creditorem mutuantem pecuniam ad emendum, & sic venditoris solum interest rem suam liberam emptori tradere. Debitor autem, & idem emptor in prima acquisitione illam imponit in fa-

uorem

uorem dantis pecuniam mutuam ad emendum, vt planũ est. At debitor in re aliena, & antequam sit sua, non potest imponere onus hypothecæ, l. 1. §. si minor, ff. de rebus eorum, l. qui balneum 9. §. Titia, ff. qui potiores, l. 1. & 2. & vltima, C. si res alien. pignor. data sit. Ergo in ista impositione oneris hypothecæ, nulla prioritas potest considerari in fauorem secundi creditoris; sed necesse est, vt in prima illa acquisitione simul concurrant hypotheca generalis priorum creditorum quibus obligata sunt omnia bona debitoris præsentia, & futura, & hypotheca specialis istius creditoris secundi, & consequẽter speciali posteriori, non possit dari prælatio, nisi ex priuilegio, cum ex iure ordinario priores creditores forent præferendi, l. qui generaliter 2. ff. qui potiores, l. si generaliter 6. C. eodem, etiam in rebus postea quæsitis, leg. vltima in princip. ff. eodem tit. qui potior. Ex iure enim ordinario obligatio pignoris postea quæsiti post obligationem generalem bonorum futurorum retrotrahitur ad tempus illius generalis obligationis vt prior creditor præferatur secundo in illa eadem hypotheca, Negusant. de pignor. 5. part. membr. 2. numer. 5. vers. Octauo amplia, Peregrinus de iure fisci libr. 6. titul. 6. numer. 15.

9 Quarto item, quoniam illam præuentio pignoris quãdo suo simul concurrunt, ex qua fit, vt secundum pignus præferatur primo, non potest oriri, nisi ex priuilegio Fisci, aut alterius pariter priuilegiati, vt omnes Doctores notant circa dict. l. si is, qui 28. ff. de iure fisci, Paulus in l. si in te 7. num. 4. vers. Sexto in prælatione, C. de priuil. fisci, Salicetus, ibidem, numer. 8. Conanus comment. iuris ciuil. libro 4. capi. 17. numer. 7. malè tamen ĩe explicans, & Peregrinus de iure fisci lib. 6. d. tit. 6. num. 16. Alfaro de officio Fiscalis, glossa 16. num. 105. & glossa 34. §. 5. num. 126. Capicius decis. 129. num. 12. Negusantius de pignoribus 5. pars. membr. 2. num. 42. Ergo non potest acquiri ex facto priuati, & non priuilegiati, neque ex iure ordinario, quod præsupponit Ponte.

10 Quinto, quoniam si illa præuentio, seu prioritas quoad hypothecam proueniret ex onere imposito, per debitorem in prima acquisitione illius rei sibi venditę, frustra requiretur in dict. l. licet, quòd res emeretur ex pecunia secundi creditoris. Etenim illud onus a debitore imponi posset super qualibet re quomodocunque ab ipso acquisita, siue esset empta ex pecunia illius secundi creditori, seu alterius.

11 Sexto tandem falsum est, quod præsupponit Sesse dict. decis. 42. numero 5. sequutus Negusantius de pignoribus 4. parte num. 41. videlicet, tunc debitorem in adquirendis non posse præiudicare creditori hypothecario, quando acquisitio pendet ex sola illius voluntate, vt in additione hæreditatis, & similibus actibus: secus verò quando acquisitio pendet non solum ex voluntate debitoris acquirentis, sed etiam ex voluntate aliorum, vt in emptione, locatione, & similibus; tunc enim apponendo pactum in initio contractus possunt debitores præiudicare creditoribus anterioribus. Falsum, inquam, est. Primò quoniam debitores adstricti hypotheca generali non possunt præiudicare creditoribus anterioribus in acquirendis quocũque modo acquisitionis, vt late tractat Ancharranus consilio 101. ex numer. 8. Secundo, quoniam quouis modo debitor acquirat, etiam per contractus pendente ex aliorum voluntate, ex iure ordinario, & generali, semper est verum, & regulare, vt non possit vni per alterium iniqua conditio inferri l. non debet 75. ff. de regulis iuris. Et quamuis in traditione rei suæ quilibet possit apponere quæcũque pacta, l. in traditionibus 49. ff. de pact. non tamen potest per pacta sua præiudicare ijs, qui prius contraxerũt, l. prior. §. l. si generaliter 6. l. diuersis 8. C. qui potiores, l. seruus 6. l. si filius 23. l. debitorum pactionibus 25. C. de pact. l. debitor 19. ff. de compensationibus. Si quid autem hac in re debitori licet, licebit ex iure extraordinario, & speciali, & priuilegiato, vt reuera debitori concessum est ob equitatem, occurrentem in dict. l. licet, si seruentur omnes illæ conditiones, & specialitates, quas in illo textu exprimit Imperator.

12 Igitur vera ratio decidendi textus in dict. l. licet, quam nullus ex Expositoribus plenè tradidit illa est, quòd creditor secundus, qui dat debitori mutuam pecuniam ad emendum prædium, confert in illum maximum, & gratuitum beneficium, nullo habito respectu ad commodũ, & vtilitatem propriam, sed solum respiciens vtilitatem debitoris, cuius patrimonium auget, & in nullo diminuit. veruntamen solum sibi consuluit, per specialem prædij hypothecam, acquirens dumtaxat securitatem crediti sui consequendi, nè beneficium alienum redundet in damnum proprium. Afficit etiam maximo beneficio creditores anteriores, cùm debitorem locupletiorem reddat, dum ex fructibus prædij sic comparati augeat rem familiarem, factus magis idoneus ad satisfaciendũ prioribus suis creditoribus ob pecuniam datam a secundo, & posteriori, quæ non data, non augeretur. Ita mirum nõ est, si in præmium tanti, & tam gratuiti beneficij, in quo nullum prorsus interuenit priorum creditorum damnũ, sed potius lucrum, facto locupletiore suo debitore, si in quam, iste secundus creditor pacificatur de hypotheca speciali super re ex sua pecunia emptaqua sibi consultum velit indulgeat Imperator priuilegium prælationis huic secundæ, & posteriori hypothecæ prædij, quod debitor non haberet, nisi ex pecunia ab isto secundo creditore subministrata, & mutuo data. Neque hic esse potest vlla iusta anteriorum creditorum, quærimonia, si quod secũcundus creditor per suam pecuniam ad patrimonium debitoris attulit, illemet sine vllo suo lucro auferat. Hanc rationem decidendi partim attigerunt Antonius Faber libr. 8. Codicis, titul. 8. diffinitione 10. & Thuscus liter. H. conclus. 131. num. 16. Pichard. in comment. ad l. priuilegia 16. nu. 72. & 73. ff. de priuil. credit. inserto in §. quadam actiones, instit. de action.

13 Sed quamuis hoc ius dict. l. licet, speciale sit, Doctores ipsis legibus audaciores conati sunt illam diuersis modis extendere, & ampliare. Primò ampliant, vt non sit necessaria hypotheca specialis ad consequendum illum effectum prælationis, sed satis sit, si quis det mutuam pecuniam ad aliquam rem emendam, & illam sibi obligari procuret saltem generaliter, in eam re præferetur omnibus creditoribus anterioribus debitoris. Hanc ampliationem tradidit Hubertin. de Bobio, quem refert Albericus in l. obligatione generali 6. numer. 4. ff. de pign. & hypothec. & quia eum non reprobat, creditur, illum sequutus. Item Cepolla cautela 124. num. 2. Afinius tractat. de executionib. §. 7. cap. 14. num. 3. Thesaurus quæst. forens. libro 2. quæstione 74. numero 1. quamuis ibi, num. 2. dicat, de stricto iuris rigore durum fore obtinere pro ista sententia, & numer. 3. dicat contra eam iudicatum, Ceuallos in speculo practicarum quæst. 744. num. 14. quia in hypotheca generali videatur eadem esse ratio, quæ in speciali.

14 Ab hac tamen ampliatione recedunt communiter Doctores docentes, quinimò ad consequenda istam prælationem secundi creditoris necessariam esse specialem hypothecam, & non sufficere generalem. Inter eos Negusantius de pignoribus 5. part. memb. 2. num. 18. multum de ampli-

ampliatione dubitans. Item Gutierrez d. allegat. 5. num. 2. Ioseph. Ludouicus decis. Perusin. 45. numer. 19. Marianus Socinus Iunior. cons. 10. n. 11. p. 3. qui dicit, esse communem sententiam, & plurimos allegat Flores de Mena lib. 1. variar. quæst. 6. art. 3. num. 13. in fin. qui dicit ampliationem esse falsam, & contra communem sententiam, Faber libr. 8. Codicis titulo 8. diffinitione 10. sub numero 8. qui ait casum d. dict. l. licet, esse vnum, & singularem fortasse casum, in quo hypotheca specialis vtilior, est, quam generalis. Castillo quotid. controuers. libro 3. capite 8. ex numero 17. ad 20. quamuis satis se inuoluat, Sicardus in dict. l. licet, numer. 1. 4. & 7. & ibi omnes Scribentes. Ratio est, quia textus in prædicta l. licet concedens hoc priuilegium prælationis expresse requirit specialem hypothecam, quare excludit generalem, & itom tacitam Ergo non licet extendere prædictam expressam constitutionem contra iura anteriorum creditorum.

15 Ampliant secundò, vt idem dicendum sit, si quis vendat rem aliquam debitori anteriorum creditorum, & illam sibi specialiter hypothecatam velit pro soluendo pretio nam in illa isto secundus creditor præferetur anterioribus creditoribus emptoris, iuxta dicta l. licet. Hanc ampliationem tradiderunt Negusantius de pignor. 4. parte numero 34. cum sequentibus, Albericus in leg. obligatione generali 6. numero 4. ff. de pignor. & hypoth. quamuis ibi in fine censeat, securiorem esse cautelá reseruationis dominij (de qua nos egimus supra disputat. 8. ex numero 56.) & per eam tolli omne dubium Afflictis decis. 306. Sesse decis. 42. numero 7. Gutierez allegatione 5. numer. 1. & libro 3. practic. quæst. 99. num. 8. Franciscus Curtius in additione ad Alexandrum in l. si cum dotem 23. §. vltimo, ff. solut. matrimon. Copolla cautela 124. numer. 1. Baldus nouellus de dote, parte 10. numer. 3. vers. Et idem forte, Afinius de executionibus §. 7. capit. 14. numer. 3. Matienzus in leg. 7. titul. 16. libr. 5. Recopil. gloss. 5. numero 7. Gail. practic. obseruat. libr. 2. obseruat. 12. num. 4. & obseruat. 15. numer. 7. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 3. cap. 5. numer. 22. Flores de Mena lib. 1. variar. quæst. 6. artic. 3. num. 13. Trigona singulari 83. numero 2. Castillo libr. 3. quotidian. controuers. capit. 8. numero 12. Certissimum autem est, hanc esse extensionem, quoniam proculdubio textus in dict. l. licet, non agit de isto casu, & id agnoscit Castillo dict. cap. 8. numer. 14. & Flores de Mena dict. num. 13. quam etiam dicunt communem sententiam, à qua non sit recedendum. Probant ex eo, quòd hic occurrit eadem æquitas, quæ in dict. l. licet, in creditore mutuum dante ad rem emendam, cum hypotheca speciali eiusdem rei. Nam quemadmodum ibi debitor ex pecunia creditoris mutuo data auget patrimonium suum in beneficium, etiam aliorum creditorum, quorum vtilitati accedunt fructus ex re empta percepti: simili modo in isto casu ex patrimonio secundi creditoris, & re ab ipso vendita augetur patrimonium debitoris communis, qui etiam lucratur fructus ex re vendita in beneficiũ anteriorum. Accedit, quòd qui vendit rem suam apposito isto pacto specialis hypothecæ, magis immediatè dicitur rem suam prosequi quàm qui petit rem emptam ex sua pecunia, & specialiter sibi obligatam. Nulla autem iniuria fit creditoribus anterioribus, si iste præferatur in illa re à se vendita sibi hypothecata, vt quod ipse attulit illemet auferat.

16 Nihilominus insignis preceptor, & eminentissimus Doctor Petrus Barbosa, qui mihi est instar omnium, magister doctissimi Francisci Caldera magistri mei, in leg. si cum dotem 23. §. fin. numero 34. versiculo, Sed est aduertendum, ff. soluto matrimonio, ab hac ampliatione recedens docet, contrariam sententiam esse veràm, quinimò in hoc casu non esse concedendum priuilegium prælationis secundo creditori contra priores creditores emptoris, & in eo in non esse recedandum à regula generali, quòd prior tempore potior sit iure, & non posse inferri ex casu dict. l. licèt, ad istum casum in eadem sententia fuit Caualcanus decisione 27. numero 37. parte 2. qui multos allegat, sed non fide. Ratio est, quoniam in hoc casu venditionis, non inuenitur iure cautum, vt secundus creditor præferatur primo. Ergo non est recedendum à regula, non enim sunt extendenda priuilegia, l. quod verò contra 14. l. ius singulare 16. ff. de legibus, maximè, quæ continent tertij præiudicium, cuiusmodi est hoc, de quo agimus, quod præiudicat primis creditoribus, cùm priuilegium vnius non debeat trahi ad alterius iniuriam, leg. impuberi 41. ff. de administratione tutor. leg. cum filius 28. ff. de militari testament. leg. debitor 3. in principio, ff. de separation. neque alteri præiudicium generare, l. 2. §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco public. capite ex multiplici de decimis, & in exorbitantibus à iure communi, non fit extensio ad casum similem propter identitatem rationis, Bart. & Romanus in leg. si verò 65. §. de viro ex numer. 1. ff. soluto matrimonio.

17 Neque obstare potest consideratio illa quę fortassis alicui poterit in mentem venire, quòd res, quæ venditur adiecto pacto specialis hypothecæ, deuenit ad debitorem hypothecam, quia venditor potest in traditione rei suæ imponere onus, quod velit, leg. in traditionibus 48. ff. de pact. Cum autem emptor illam rem acquirit, non potest plus iuris acquirere creditoribus anterioribus, quam quod ipse accepit, & in eum translatum est. Ius autem translatum, est ius diminutum per hypothecam à venditore, qui illam reseruauit impositam ante acquisitum debitori dominium. Ac per consequens creditores anteriores tempore quo suas hypothecas ad illam rem de nouo à suo debitore acquisitam extendunt, illamque afficiunt suis iuribus, inueniunt illam ante obligatam iure, & hypotheca venditoris. Ita, fit, vt venditor iste, & secundus creditor, alijs anterioribus præferatur, iuxta ea, quę considerat Ponte, relatus supra num. 5. & Franchis decis. 97. num. 6.

18 Non, inquam, obstat, quoniam hæc, quæ pulchra dictu apparent, nullum iuris fundamentum habent, omninoque falsum est, rem isto modo venditam deuenire ad debitorem hypothecatã per hypothecam impositam à venditore in traditione rei suæ. Venditor enim in re vendita nullatenus potest hypothecam imponere. Duo enim possunt distingui, & considerari tempora. Primum, antequam transferat dominium in emptorem, quo illum venditor retinet, & apud se habet. Secundum, quo iam transtulit dominium in emptorem. In nullo autem istorum venditor potest imponere hypothecam. Primò, non potest hypotheca à venditore imponi, quia res adhuc est sua. In re autem sua nemo potest hypothecam constituere, l. ex sextante 30. §. Latinus circa finem, ff. de excep. rei iud. l. neque pignus 45. ff. de regul. iuris.

19 In hoc verò casu locum habere non potest limitatio regulæ prædictæ l. neque pignus, quam tradit Negusantius de pignor. 5. parte membro 1. ex numero 52. vsque ad finem, post glossam in dicto §. Latinus, verbo, Constituto, videlicet, vt dominium sit compatibile cum hypotheca, cùm dominium est reuocabile, & paruo tempore duraturum, vt probat textus in leg. debitor sub pignore 59. ff. ad S. C. Trebell. & notat Baldus in leg. prim. numer. 2. Cod. si antiquior. credit. pign. vendide. Monticulus de inuentario, in tractati-

bus

bus diuersorum quæstion.234. ex numero 152. & numero 156. (*Afflictis decisione 16. numero 4. Mantica de tacitis, & ambig.conuent.libro 11. titulo 31.numero 66. Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro 2.quæstione 19. numero 5. Surdus decisione 26. ex numero primo*) *Franchis. decisione 80 num.12.* Cùm igitur dominium rei venditæ apud venditorem vendere volentem sit paruo tempore duraturum, & breui transferendum in emptorem, poterit venditor super illa re imponere hypothecam. Non, inquam, habet locum in isto casu prædicta limitatio, imò eam huic casui applicare, est manifestissimus error. Nam verum est; hypothecam legitimè impositā super re aliqua non extingui, etiam si quis post illam constitutam acquirat rei hypothecatæ dominium reuocabile, aut temporale, *vt in dict.l.debor.& in dict.§.Latinus.* At de nouo imponi non potest à domino in re propria, quę breui ex eius dominio exitura sit, & transferenda in dominium alterius repugnant enim manifestæ iuris regulę, & earum ratio. Neque ratio conseruandi hypothecam, simul cum dominio, quæ viget in casibus prædictorum textuum, hic militare potest. Ratio enim, quare ibi per acquisitionem dominij, non extinguitur hypotheca, est, quia illa semel constituta legitime nunquam tollitur, nisi soluto debito, vt notat post alios *Franc. decis.119.n.23. & dixi supra disput.22.num.4.* quod in illis casibus solutum non erat.

20 In secundo item tempore non potest venditor hypothecam in re vendita imponere, quia illo tempore res non est sua, sed emptoris; & in re aliena non potest quis hypothecam constituere, *l.2.ff.de pignorant.act.l.si ex duobus 6.§.sed & Marcellus in fin.ff.de in diem addictione, l.1.2.& vltima, C.si res alien.pignori data sit.* Reliquum est igitur, vt ista hypotheca in re vendita nō possit à venditore imponi, & sic non possit res vendita peruenire ad emptorem affecta onere hypothecę; sed vt hypotheca ab ipso debitore constituatur in re vendita, quæ ad illum libera peruenit in prima illius acquisitione. Quare corruit supradicta consideratio.

21 Prædicta *Petri Barbosæ*, sententia non displicuit *Castille vbi supra*, tametsi magis adhęreat prædictæ secundæ ampliationi, tùm ob communem sententiam, à qua nequaquam recedendum esse monet, cùm etiam ob ideotitatem rationis, quæ cernitur inter hunc casum, & casum *d.l.licet*. Ergo tamen addo, in casu, quo venditor, qui sibi prospicit, per hypothecam specialem rem venditæ pro securitate consequendi pretij, vendidit rem fructuosam, cùm ex proprio patrimonio augeat patrimoniū emptoris non solum in beneficium eiusdem, sed etiam creditorum illius, videri ex eadem ratione *d.l.licet*, præferendum anterioribus emptoris creditoribus, & probabiliter extensionem amplectendam. Demus aliquid audaciæ Doctorum. Verum si res vendita esset infructuosa, & ad sui conseruationem, & reparationem egeret magno sumptu, in quo diminuendum esset emptoris patrimonium obnoxium anterioribus creditis non videtur occurrere eadem æquitas, quæ in *dict.l.licet*, neque ad hunc casum decisio eius extendenda. Ponamus, venditum ab aliquo equum magni pretij cum speciali hypotheca, vt emptor eo vtatur solum ad equitandum, in quo conseruando instruendo, & nutriendo sine vlla emptoris vtilitate expenditur bona patrimonij pars, & emptorem non soluere pretium equi, tractarique de eo vendendo, nō video rationem, cur venditor in pretio sit pręferendus anterioribus creditoribus emptoris, quibus obligata bona in equo nutriendo, & pretiosiore reddendo sunt expensa, & consumpta. Demus item, emisse quem iardenum, seu hortos, ex quibus nullos percipiat fructus pręter voluptatem, & in eis colendis, conserendis, ordinans conseruandis expendisse non parum rei familiaris anterioribus creditoribus obligatę. Non nè idem erit dicendum? Cùm igitur non procedat ratio decidendi *d.l.licet*, crederem cum *Barbosa* à regula non esse recedendum.

22 Tertiò, *Felicianus de censibus libro 3.capit.5. numer. 22. vers. Ex quo animaduertendum est*, putat ampliandam *d.l.licet*, ad casum, quo quis concedit prædium ad censum redimibilem, iuxta pretium conuentum; conueneritque cum emptore, aut concessionario, vt maneat specialiter obligatum pro sorte, & redditibus; tunc enim venditor pręfertur in ipso prędio cùm agitur de exigendis redditibus, & sorte, omnibus creditoribus anterioribus emptoris, quod dicit se sępènumero vidisse obseruatam in praxi. Rectè autem adnotauit *Gasp. Roder. de annuis redditib. 2.quæst.22.ex numer.1.* concessionem prędij ad censum tribus modis posse fieri. Aut concedendo rem in emphyteusim reseruato directo dominio, in quo casu proculdubio ampliatio Feliciani, dubitationem non habet, quoniam vēditor manet dominus directus rei in emphytheusim concessę, & sic quoties illam petat, aut redditum ex ea petit rem suam, aut fructus eius, circa quam nullum ius potest competere creditoribus, emphyteutę, quod non cedat iuribus domini directi, & posterius sit, quemadmodum item contingit in feudo, vt animaduertit, *Ponte decisione 4.ex numero 9.* Secundò ita, vt transferatur in accipientem dominium integrum, tàm vtile, quàm directū, verum reseruatio reddito annuo, & iste contractus dicitur census reseruatibus. Tertiò, ita vt in concessionarium transferatur, etiam integrum dominium vtile, & directū; sed concessionarius ipse imponat super illa re empta censum ad rationem quinque, vel septem pro centenario, habito respectu ad quantitatem pretij prædij empti: qui dicitur census, consignatiuus, & celeritate coniungendarū actionum occultatur sub hac cōuentione duplex contractus, vt alias in *l.3.§.sed si debitorem, ff.donation. inter.* Primus venditionis prędij, alter venditionis census, & vterque ex contrahentibus est emptor, & venditor. Qui constituit censum consignatiuum emit prędium, & vendit censum: qui verò vendit prędium, simul emit censum. De differentijs inter ista duo censuum genera consignatiui, & reseruatiui, latè agit *Gaspar Rodericus vbi supra, & Auendan.de censibus ex capite 13.*

23 Quod verò attinet ad limitationem Feliciani, quamuis sit in praxi recepta, existimo multum deuiare ab ęquitate *dict.l.licet*, & ratione decidendi à nobis tradita. Quoniam, qui concedit prędium ad censum, non confert beneficium in emptorem, neque in creditores eius, neque auget eius patrimonium, sed potius minuit. Etenim si prędium concessum pro censu sit vrbanum, eget multis reparationibus, vt conseruetur, quę faciendę sunt ex patrimonio debitoris, anterioribus creditoribus obligato, subiectum est periculo ruinę vacationis à locatione, & sic cessationis fructuum: at creditor census semper recuperat reditus, seu tertias vniformes, liberas ab omni sumptum, quę nunquam cessant, siue locetur, domus, seu non locetur, & si istę non percipiuntur ex domo vendita, soluuntur à debitore ex proprio patrimonio. Si verò prędium concessum pro censu sit rusticum, eget maximo sumptu, & expensis pro colligendis fructibus, subiacet frequentissimis sterilitatibus: experientia docet, non correspondere fructus, qui dicunt deductis expensis, *l.si à patre, vel domino 36.§.fructus, ff. de petit. hæreditat.leg.*

fundus

fundus, qui 52. in principio, ff. famil. ercifcund. l. quod in fructus 46. ff. de vsuris, l. 39. titul. 28. part. 3. redditibus annui introitus ad rationem septem pro centenario notat *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro 1. quaestione 6. numero 22.* Et dubitari non potest, censum prędium fructuosiorem esse cęteris paribus, & melioris conditionis, qui non subditur sterilitatibus, nullis eget expensis ad recolligendos fructus, nō subest periculo latronum aut incendiariorum, in hoc Regno frequentium, non casmatibus, nnn terremotibus, non tempestatibus euiusmodi frequētia pericula ob peccata nostra husce diebus oculis nostris vidimus igitur qui prędium pro censu permutat, non prospicit emptori, sed sibi ipsi, non vtilitati proximi, sed suę, neque illum afficit beneficio, aut eius creditores: imò sępenumero exigit reditus non ex fundo vendito, aut pretio fructuum eius, sed ex patrimonio debitoris prioribus creditis obligato, & euni rectè cadunt verba I. C. *in l. si pupilli 6. §. sed & si quis, ff. de negotijs gestis*, ibi: *Suum enim potius quam meum negotium gessisse, qui eum deprædandi causa accedit suo lucro, non meo commodo studet.* Indignus ergo est priuilegio prelatinnis indulto per *dict. leg. licet*, gratuitis mutuatoribus, ob rationes supra consideratas, quę nullatenus id dicto casu militant. Ac per consequens ego censeo, in prędicto casu non esse isti concessori prędij ad censum, siue consignatiuum, seu reseruatiuum concedendam prelationem contra creditores anteriores censatarij. Nec me mouet, quòd opinio Feliciani admittatur in praxi iudiciorum, in quam mille errores irrepserunt, & quę sępenumero deuiat ab equitate, deuiat a iure, seu id efficiat ignorantia propter repentina, & inconsiderata iudicia, seu perturbatio, & effectus iudicantium. Deus scit, Vidi sępèsępius inconsideratè, fine studio, & sine magna iuris notitia iudicari, & decidi casus difficilimos. Dolendum malum, sed insanabile. Monuit nos *Sapiens Ecclesiastes 5. numero 7. si videremus calumnias egenorum, & violenta iudicia, & subuerti iustitiam, in prouincia, nè miraremur super hoc negotio*, nimirum credidit futura frequentia.

24 Quarto ampliat *Cepola cautela 124. numer. 1. sub §. ex quo nota vnam cautelam, vers. Potes etiam ex prædictis aliā colligere cautelam*, ad alium casum, videlicet, vt si quis emat rem ab vno, qui est grauatus, ære alieno, & dubitet, quòd res sibi vendita non euincatur à suis creditoribus, debet tunc dicere venditori, volo, quòd pecunia meā conuertatur in emptionem fundi, qui mihi sit specialiter obligatus pro euictione; & tunc si euinceretur res vendita, ille emptor erit potior omnibus creditoribus in illo fundo empto de pecunia sua. Et dicit benè notandum nihil tamen allegat.

25 Ego multum dubito de hac cautela, & ampliatione, imò verò eam existimo falsam. Pimò, quia iste emptor prædij creditoribus anterioribus obligati patrimonium debitoris diminuit, & negotium suum agit, non debitoris, neque creditorum anteriorum. Igitur nullum potest acquirere priuilegium contra creditores anteriores. Secundò, quoniam magnus est error credere; quòd pecunia, qua emitur ille posterior fundus hypothecatus specialiter pro euictione fundi prius venditi à debitore anteriorum creditorum, dicatur esse illius qui fundum à debitore emit. Pecunia enim, quam quis dat pro pretio rerum à se emptarum non amplius est emptoris, cùm venditori inumeratur, sed fit dicitur pecunia venditoris. Non solum quia pecunia fit eius, cui numeratur in omni genere contractuum, vt in mutuo, *l. 2. §. appellata, ff. si cert. petat leg. 1. §. mutui datio, ff. de action. & obligat. princip. Inst. quib. mod. re contra oblig.* & in deposito, dum ita deponatur pecunia, vt ea depositarius vti possit, iuxta *leg. Lucius 24. l. die sponsaliorum 25. ff. depositi. Pegura decis. 58. ex num. 4. Salernitanus decis. 60. numer. 4. & 5. Ponte consil. 56. ex numer. 1.* quia tunc depositum egressum depoti notissimos terminos transit in mutuum, *l. certi condictio 9. §. vltim. ff. si certum petat.* item si deponatur pecunia, ita vt ex ea recipiantur vsuræ, quia similiter depositum transit in mutuum, *l. si hominem 7. §. quoties ff. depositi, Barbosa in l. si cùm dotem 23. § final. num. 32. in fin. ff. solut. matrimon.* & latè *Surdus*, loquens in genere, *consil. 4. num. 10. & seqq. & consil. 528. num. 16. & num. 29. cum seqq. libr. 4.* sed etiam, quia pecunia debita venditori pro pretio rei suæ non potest dici emptoris pecunia, alioqui emptor acquireret rem venditam sine amissione pecuniæ haberetq; rem, & pretium, quod esset iniquissimum, *l. ex empto 11. aliàs leg. emptorem 12. §. qui autem, l. Iulianus 14. §. ex vendito, l. bona fides 52. ff. de action. empti, Bart. in l. si debitor 7. num. 8. in fin. per textum ibi, & in leg. sequenti, ff. qua in fraud. cred. d. l. curabit 5. & l. fructus 13. Cod. de act. empt. Bellon. decis. 194. in princip. & nu. 1.* Non ergo potest verificari quod dicitur *in dict. l. licet*, ibi: *Eum, cuius pecunia prædium comparatum probatur*, illa enim pecunia, qua prędium in casu de quo loquimur, comparatum est, non potest dici eius esse, qui illam soluit, seu dedit pro premio fundo sibi vendito, sed est propria venditoris, eiusdemque debitoris priorum creditorum, acquisita ex pretio fundi venditi, quæ simulatque facta est sua, contraxit anteriorum creditorum hypothecam, *l. cùm tabernam 34. §. fin. vbi Bart. ff. de pign.* & quando implicatur in nouam emptionem alterius prædij, quantumuis illi imponatur specialis hypotheca pro euictione primi, non causabit prælationem creditori, secundo, sed erit hypotheca specialis secunda post priorem generalem, in qua etiam seruanda est regula, vt qui prior sit tempore, potior sit iure, *leg. qui generaliter secundo ff. qui potiores, leg. si generaliter, 6. Cod. eod. tit. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 2. ex numer. 39.*

26 Quintò, alij amplianda credunt *d. l. licet* (& hæc ampliatio parum differt à præcedenti) ad casum quo quis dat pecuniam debitori priorum creditorum in pretium annui reditus sibi venditi, non tamen liberan, vt ea possit vti ad suum libitum, sed vinculatam, vt ex ista pecunia ematur aliquod prædium, in quo iste reditus imponatur, & sit obligatum specialiter pro ipso annuo reditu. Si enim iste reditus ob cessationem, solutionis tertiarum rescindatur petente creditore capitale, & tertias non exactas, aut agentibus creditoribus anterioribus hypothecaria contra hunc fundum, quoad illum præferendus erit secundus creditor, qui dedit pecuniam ad fundum comparandum, quamuis ipse per illam eandem pecuniā emerit annuum reditum super fundo, tanquam in re ex sua pecunia empta. Ita sentit *Franch. decis. 97. & decis. 369. Gaspar. Rodericus de annuis reditib. libr. 2. quæst. 20. per totam, propriè numer. 12.* vbi refert sic consuisse Senatum Pintianum, *& num. 13. in fin.* eandem sententia significat *Ponte decis. 34. ex num. 3.* tametsi non satis se declaret. Et re vera hæc limitatio, ita in hoc Regno iudiciorum vsu recepta est, vt iam de illa non dubitetur.

27 Ego verò non solum de hac ampliatione dubitato, sed illam etiam existimo falsam, & sine fundamento, cùm non aliud habeat, quàm *text. in dict. leg. licet*, quæ nimis distat ab hoc casu, & eius ratio decidendi nullatenus in illam cadere potest. Et præter quam contra illam faciūt omnes rationes, quas expendimus contra quartam limitatio-

tationem supra traditam. Item, contra tertiam, & hic præsiùs vrgebimus, nunc expendo, eum, qui dat pecuniā debitori ad emendum prædium, super quo censum cōstituat, nullum beneficium in illum conferre, neque erga illum exercere liberalitatem, sed suam propria vtilitatem quærere, neque affere commodum anterioribus creditoribus, quibus vtilius esset, debitorem carere prædio empto ex illa pecunia, quam secundus creditor attulit, & dedit debitori, vt censum emeret, quàm vt illud habeat eorum debitor cū onere census; cùm regulariter onus redituum excedat vtilitatem fructuum, vt considerabamus *sup. n. 23.* præsertim si census venditus esset ad rationē septem, vel octo pro centenario, pretium autem eius, & pecunia pro illo data, cōtrouersa fuisset in emptionē feudi (quod est in hoc Regno frequentissimum) ex quo colliguntur fructus ad rationem quatuor, vel quinque ad summū pro centenario. Hoc est euidēs damnū anteriorū creditorum. Ergo nulla est ratio, cur iste secundus creditor habeat priuilegium contra creditores anteriores; & cur illud lex indulgeat ei, qui sui lucri causā pecuniā dedit ad emendū cēsū.

28 Secundò, quia creditor pecuniæ depositæ, ex qua vsuras accipit, amittit priuilegium inter cæteros creditores personales, quod habiturus erat si vsuras non exigeret, *l. si hominem 7. §. quot. ff. depositi, l. si ventri 8. §. in bonis,* vbi notat *Rip. n. 3. & 4. ff. de priuil. cred. Pich. in l. priuileg. c. 6. n. 45. ff. de priuileg. cred.* quā infertur in *§. quadam act. 20. Inst. ad actionib. Meirer. tract. de pignorib. lib. 2. tit. 8. n. 17. Rodrig. de concursu creditor. t. p. art. 6. n. 52. Thusc. lit. C. concl. 1058. ex n. 14. post Paul. Castr. cons. 228 5. visis, & ponderatis, n. 4. vol. 1. Castillo quotid. contr. lib. 3. c. 16. nu. 53. 63. 64. 65. & Anton. de Amato var. resol. lib. 1. resol. 3. n. 73.* negat priuilegiū cōcessum à *l. interdum,* mutuanti ad refectionem ei, qui dat mutuum sub vsuris, & multos allegat. Idem sentit *Gaspar. Roder. de annuis redit. lib. 2. q. 20. ex n. 13.* & iterum dicā infrà *disp. 31. n. 16.* Ergo qui sui lucri causa dat pecuniā debitori anteriorum creditorū ad emendum reditum annuū, vt redditibus gaudeat, amittet etiam priuilegiū inter creditores hypothecarios, quod habiturus fuerat, si pecuniam dedisset gratis mutuā ad emendū prædium sine suo lucro, & sic non erit præferendus anterioribus. Nec dicas, eū, qui accipit vsuras ex pecunia deposita amittere priuilegium depositi, quia tunc depositum transit in alium contractū videlicet mutui, vt dicebam *sup. n. 25.* Nam hic etiam mutuum, quod est priuilegiatum iuxtà *d. l. licet,* transit in aliū contractū vēditionis census, qui nullo iure inuenitur priuilegiatus. Ergo omnia à pari procedūt, & propterea rectè colligitur, amissurum istū emptorē census priuilegiū prælationis inter creditores hypothecarios, quemadmodum ille alter vsuras exigens amittit priuilegium inter debitores personales.

29 Confirmatur ex doctrina *Bart. in l. quòd quis 18. ff. de priuil. cred.* vbi obijciēs sibi cur qui vendit habita fide de pretio, non habeat priuilegium in pretio, & habet illud mutuās, vt ematur nauis Respondet, ratione disparitatis esse quòd mutuans dedit pecuniam gratis, ideò habet priuilegium, si autē mutuaret sub vsuris non haberet priuilegiū, qui autē vēdit habita fide de pretio, nō facit ex mera liberalitate sed propter lucrū, quod habet vēditione; & *Rip. in d. l. si ventri, §. in bonis, n. 9.* ait: *Adde quod credit. gratuiti præfer. fœnerat. etiā in re empta ex pecunia vsurarij adhocemēdum specialiter mutuata, quia creditor principaliter videtur mutuasse propter lucrum.* Eadem iterum dicit *in l. Senatuscōsulto 1. nu. 7. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacitè contrah.* sequitur *Tusc. lit. H. concl. 131. n. 31. Asin. tract. de execution. §. 7. c. 51.* Ergo aperte sentit nobiscum, creditorem, qui sui lucri causa emit censum, non habiturum priuilegium anterioritatis in re comparata ex pecunia in censum data, qui sunt termini fortiores. Nā vsuræ ex mutuo soluūtur, & sic magis accedunt ad casum *d. l. licet,* quæ loquitur de mutuo, vt dictū est: at reditus census soluuntur ex venditione, qui est casus longè distantior. Et mirādūest, Gasp. Roder. qui harū rationum meminit, quę plane vrgent contra sententiā, quā ibi sequitur, nihilad illas respondisse.

30 Tertiò, quoniam prędium, de quo modò agimus, nō est emptum ex pecunia secundi creditoris emeutis censū, sed est emptum ex pecunia debitoris, qui cēsum vēdit. Ergo secundus creditor nullū priuilegiū potest acquirere cōtra creditores anteriores, ob *text. in d. l. licēt,* quæ priuilegium anterioritatis concedit illi, ex cuius pecunia prædiū comparatum est. Antecedens probatur euidenter, quoniam vt rectè notat *Gayl. obser. pract. lib. 2. obseru. 12. n. 1. & 2.* pronomen *meum,* denotat dominium, *l. solā 49. meum ff. de rei vind. l. 5. mutius 27. §. argento, ff. de auro, & argento legat.* nō potest autem creditor secundus vocare suam pecuniam debitori data pro censu vendito, & quam ipse debitor accepit tanquam pretium rei à se venditæ sibi debitum: quemadmodum pecunia apud me existens, longo tractu à diuersis dominis ad me deriuata, & a me iustis titulis acquisita, non est illorum dominorum, sed mea. Ita pecunia, quæ recipitur à venditore census, tanquam pretiū debitum sibi ob venditionem census, non est amplius pecunia eius, qui censum emit, eamque in rem sibi vtilem collocauit, debebatque soluere ob pretium empti census, sed venditoris census; alioqui & census emptus esset suus, & pecunia, qua illum emit, haberetque simul rem, & pretium. Præsertim cùm spectato rigore iuris pecunia ex sola numeratione fiat propria accipientis, ideò mutuū dicitur, quia de meo tuum fit, *l. 2. §. appell. ff. si cert. petat. l. 2. §. mutui datio ff. de act. & oblig.* singularis, & elegans *text. in l. si ventri 8. §. peruenisse, ff. de priuil. credit.* benigna verò iuris interpretatione illa pecunia, quæ numeratur debitori cōcessa gratis ad emendum prædium, etiam si per numerationem debitoris facta, dicitur adhuc creditoris, cùm incontineti postquam debitori numerata est, peruenit ad manus vēditoris prædij, in quo debitor hypothecā specialem constituit in fauorem secūdi creditoris, *d. §. peruenisse.* Aliud planè esset, si emptio prędij fieret ex interuallo, & interim pecunia apud debitorem permaneret, tunc enim non posset dici pecunia creditoris, vt in prędicto *§. peruenisse.* Pecunia verò non gratuita, sed quę ad debitorem titulo venditionis peruenit, illique debebatur, non potest dici pecunia creditoris, quod cum iudicio animaduertit *Ponte cons. 87. n. 20. vol. 1.* Igitur prædium, quod debitor ex illa pecunia emit, nō potest dici comparatum ex pecunia creditoris, qui censum emit; ac per consequens quamuis ex conuentione cum debitore possit fieri vt res ex illa pecunia empta sit specialiter creditori obligata, non poterit in hoc casu communicari prędicto secundo creditori priuilegium prælationis, contra creditores anteriores indultum per *dict. l. licēt,* cùm conditiones ab illa requisitę non seruentur, nullamquę iuris prerogatiuam, & anterioritatem in re sic empta, & hypothecata acquiret; sed habebit locum ex tempore inter alios creditores. Nā quamuis debitor possit hypothecę subijcere quamlibet rem suam in fauorem secundi creditoris, non potest voluntare sua illum prioribus præferre, & res à se acquisitas à priorum creditorum nexu liberare, illosque aut excludere, aut postponere, nisi seruatis conditionibus *text. in d. l. licēt,* a cuius litera, mente, & ratione casus prædictæ quintæ ampliationis omninò alienus est.

31 Atque vt huius postremę rationis vis euidentius appareat, singamus, Petrum dedisse Paulo mille ducatos pro pretio census, quem impositurus sit super domo ex illa pecunia emenda à Ioanne. Paulum autem illam pecuniam, quæ est pretium census, tradere Ioanni vinculatam, vt ex illa emat massariam eum speciali hypotheca pro euictione prędictæ domus à Ioanne venditæ. Tunc inquiram, an Paulus in hac massaria acquirat pręlationem contra creditores Ioannis, iuxta cautelam *Cepollæ*, de qua *supr. numer.* 24. an verò non acquirat? Si quidem non acquirit. Ergo simili modo non acquiret Petrus prelationem in domo contra creditores Pauli. Non enim potest assignari maior ratio in vno casu, quàm in altero. Si verò Paulus in massaria acquirit pręlationem, planè dicendum est massariam esse emptam ex pecunia Pauli, quoniam illi soli conceditur priuilegium prelationis per *d. l. licèt C. qui potiores*, cuius pecunia emptū fuit prędium specialiter hypothecatum. Si autem pecunia fuit Pauli, ergo non fuit Petri, à quo primum fuit profecta, quia duorum in solidum esse non potest, *leg. si vt certo, §. si duobus vehiculum, ff. commodati*.

32 Neque hic habet locum ratio illa ab aliquibus nimiū exagerata, quod nulllam possint creditores anteriores habere quęrimoniam, si creditor secundus auferat rem, quę sine ipsius pecunia quæsita non fuisset debitori, quā expendit *Franch. decis. 97. numer. 4. & 6.* Nam imò habere possūt iustam quęrimoniam cùm res illa nō sit quęsita debitori cum eius lucro, sed potius eum damno, cùm illi grauius onus impositum fuerit, quàm sit pretium ipsius; Et sic secundus creditor parum attulit ad pattimonium debitoris, & multum aufert, cùm & tertias exigat fructibus rei pretiosiores, & interesse etiam tertiarū iuxta huius Regni consuetudinem. Quare iniquum erit, ipsum auferre rem, quę debitoris patrimonium ita onerauit, vt opus fuerit ex illo supplere reditus, cùm fructus non ascenderint ad valorem tertiatum, & earum interesse, & post exhaustum patrimonium debitoris anterioribus creditis obnoxium velle pręferri etiā quoad sortem.

33 Secundò, quia sępèsępius contingit pecunia vnius creditoris acquiri rem aliquam debitoris patrimonio, & illum non pręferri cęteris quoad illam, sed in concursu creditorum communi iure vti iure debere, vt qui prior sit tempore, potior sit iure; vt apertè probat *text. in l. quāuis 17. C. de pign. & in l. quidam fundum 16. ff. de in rem verso*, & docet *Baldus in leg. prætextu debiti 4. nu. 5. C. commodat. & in leg. licet, num. 2. C. qui potiores, Alexand. in l. si cùm dotem 23. §. si mulier, num. 5 ff. solut. matrim. Iason in leg. creditor. qui ob restitutionem 25 numer. 5 ff. si cert. petat. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 2. num. 3. Gayl. pract. obseruat. libr. 2. obseru. 12. numer. 2. Conanus libr. 4. commentar. iur. ciui. cap. 17. numer. 12. Barbosa in dict. leg. si cum dotem, §. fin. numero 31. & 34. ff. solut. matrimon. Zasius in leg. quod quis, num. 3. & 4. ff. de priuil. credit. Stracca de decoctorib. 3. parte vltim. partis, numer. 8. 9. & 10. Bart. in dict. l. si cum dotem, §. si mulier, numer. 10. Gizarellus decis. 62. ex numero 5. Hieronymus Laurent. decis 96. num. 1. Maynardus decis. 45. libr. 2. Grmellus decis. 56. num. 1. Faber. lib. 8. Codicis titul. 7. diffin. 6. Ripa in leg. si ventri, §. in bonis, ex num. 6. ff. de priuileg. creditor. Parlador. libr. 1. rer. quotid. cap. 8. numer. 1. Gutierrez libr. 3. practic. quæst. 99. ex numer. 3. Matienzus in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 5. ex nu. 6.* & est communis Doctorum sententia, nisi venditio esset dolosa, ex qua non transferretur dominium, vt notat *Grmellus decis. 56. ex num. 8. Gizarell. decis. 62. Surdus cons. 528. numer. 6. libr. 4. Stracca de decoctoribus 3. part. numer. 31.* quæ est solemnis limitatio prædictæ conclusionis, quam etiam tradit *Maynardus decis. 46. libr. 2.* Igitur requiruntur ad acquirendam istam prælationem omnes conditiones, quas requirit *textus in dict. l. licèt*, quæ solum dat prælationem mutuanti gratis ad rem emendam, non ementi, & ad suum lucrum, commodum, & securitatem vinculanti pecuniam debitoris, vt ex illa aliam rem emat, & dupliciter illum grauanti cum maxima iniquitate; primò, vt tradat rem venditam pro pecunia illi data; secundò, vt non vtatur pretio explicito, & libero rei suæ venditæ, vt deberet, sed suam pecuniam teneat seruam, & vinculis inclusam sine vllo, suo, aut anteriorum creditorum commodo. Facit *l. cùm quidam 24. in princip. C. de legat.*

34 Sextò alij ampliandam credunt *d. l. licèt*, vt priuilegium ibi secundo creditori concessum contra priores extendatur etiam contra dotem, quæ ampliatio est controuersa, de qua vide *textum in §. his consequens, seu in §. quæsitum est, in Authent. de æqualitate dotis, collat. 7. seu nouella 97. cap. 3.* qui denegat hoc priuilegium agenti contra dotem, *Socinus iuniorem cons. 10. numer. 11. part. 3. Baldum in nouel. de dote, part. 10. num. 3. & 35. Negusantium de pignorib. 5. part. membr. 2. numer. 17. Cepollam cautelam 124. numer. 1. in fin. Gregor. Lopez in l. 30. tit. 13. part. 5. gloss. 4. circa fin. Couarr. lib. 1. variar. cap. 7. num. 2. vers. Præter hæc, Castillo decis. 204. ex num. 6. libr. 3 Gutierr. pract. q. libr. 3. q. 100. Gasp. Rodericus de annuis redditib. libr. 2. quæst. 20. num. 6. & 7. cum seqq.* & ibi dicit, iuxta hanc ampliationem sæpiùs iudicasse Senatum Pintianum, *Barbosam in l. 1. 6. p. n. 11. & 12. ff. solut. matrim.*

SVMMA DISPVTATIONIS
Vigesimanona.

1 *Perniciosus est timor eorum, qui nolunt consulere, nisi vbi reperitur determinatum à Doctoribus.*

2 *Creditor ex causa alimentorum præferendus est omnibus creditoribus etiam hypothecarijs anterioribus.*

Constitutio extrauagans Pij V. & Gregorij XIII.

4 *Ius ciuile, & canonicum se inuicem coadiuuant, & in ijs, quæ per vnum non sunt statuta, recurritur ad aliud.*

5 *Creditor ob impensas factas pro conseruatione rei præfertur omnibus creditoribus anterioribus.*

6 *Qui dat alimenta animali, vt equo, aut boui præfertur omnibus creditoribus domini in erum pratio.*

7 *Creditor expensarum factarum in ægritudine, in medicamentis, & alimentis ægrati, funereque defuncti præfertur alijs creditoribus anterioribus.*

8 *Qui redimit captiuū ab hostib. contrahit hypoth. in libero homine.*

9 *Alimenta data in computatione patrimonij debet deduci tanquam expensa necessaria.*

10 *Ex bonis debitoris sequestratis ad instantiam creditorum subministranda sunt alimenta domino bonorum.*

11 *Decisio sacri Consilij.*

Decisio, in qua non satisfit rationibus partis aduersæ non fit ab intellectu, sed à voluntate, & à similibus decisionibus summopere est cauendum, ib.

12 *An famuli debitoris sint præferendi in salario cæteris creditoribus, proponitur.*

13 *Salarium famulorum necessariorum præfertur alijs creditoribus, etiam anterioribus.*

14 *Debitum ex salario famulorum est debitum alimentorum.*

Qui tenetur alere, tenetur præbere seruitores, & famulos, ib.

15 *Qui tenetur alere dominum, tenetur alere seruitorem.*

16 *Salaria, & expensæ famulorum censeri debent onera fructuū Ecclesiæ vacantis.*

17 *Debitum ex salario famulorum conferi debeat pars debiti alimentorum.*
18 *De iure Castella quid circa salarium famulorum statuatur.*
19 *Hypotheca inuentorum, & illatorum in domo à lege introducta praefertur alijs hypothecis anterioribus pro pensione, seu pretio locationis.*

DISPVTATIO XXIX.

Vtrum creditores ex alimentis præferantur creditoribus hypothecarijs anterioribùs ex cæteris causis?

1 QVoniam non inueni disputationem istam ex professo tractatam apud eos, qui de concursu creditorum, neque apud eos, qui de alimentis tractarunt, tametsi ex facto de illa viderim dubitatum, libuit resolutionem eius deducere ex ijs, quæ in diuersis locis obiter Doctores dixerunt. Etenim, vt benè dixit *Paulus de Castro in l.Clodius 96 numer.7.ff.de adquirend.hereditat.* Perniciosus est timor, & miserrimus intellectus eorum, qui nolunt consulere, nisi vbi reperitur determinatum à Doctoribus, etiam stante æquitate, & optimis iuris rationibus. Qualiter enim (ait) scientia nostra fuisset augmentata, si ita fecissent antiqui?

2 Igitur ad rem accedentes fit conclusio. Creditorem ex causa alimentorum, seu pecuniæ dete ad alimenta debitoris communis, præfereud um esse omnibus creditoribus anterioribus, habentibus etiam expressam hypothecam. Hanc sententiam expresśius omnibus (quos viderim) amplexus est *Felicianus de censibus, tom.2. libr.3. cap.5.num.12.* quem sequitur *Rodriguez de concursu creditorum, 1.p.art.3.ex num.19.* Allegat autem pro ea *Caualc. decis.44.num.46.& 47.lib.1.& decis.5.n.9.18.& 19.lib.2.& in indice libri 1.verb.Alimentarius, & verb. Creditor. verb.Custos, & verb. Hospes, & Decianum respons.108. ex numer.23.vol.2.* Verùm isti (si locum Indicis Caualcani excipias) non asserunt expressè hanc conclusionem, sed adducunt quasdam allegationes, & doctrinas, ex quibus tanquam ex argumento potest colligi: quas etiam nos inferius adducemus. Potuit etiam eadem ratione pro eadem parte allegari *Caualcan.decis.23.n.31. eodem lib.1.*

3 In primis hęc conclusio probatur expressio iure Canonico *in Bulla 15.Extrauag.Pij V.* incipit: *Cupientes, tom.2. Bullarij noui*, & eius declarationibus motu proprio expeditis, in quarum *prima* §. 3. ita dicitur *Porrò in satisfactione creditorum dictorum Cardinalium, & Prælatorum in Romana Curia decedentium talis ordo seruetur, &c.in* §.4.*sequenti. Prior causa sit eorum, qui pro vsu dictorum Cardinalium, & Prælatorum, eorumque familia res cibarias dederint;* & §.5. *Secunda eorum, qui res vestiarias, & ad vsum corporis ipsorum, non autem ad ornatum, vel pompam necessarias subministrauerint; quandoquidem ex causis huiusmodi creditores, vt plurimum sint pauperes, vel mercatores, qui pro illis aduehendis innumera pericula subeunt; & sine illis præfati Cardinales, & Prælati statum eorum dignitatis, vsque ad obitum minime sustentare potuissent, & requisiti vtique verisimiliter omnem honestam obligationem, etiam cum iuramento, & in forma Cameræ contraxissent:* & §.6. *Tertia verò causa sit præfatorum mercenariorum, quibus certa constituta merces apparet: quibus satisfactis in cæteris seruetur ius commune. Quod non tantum in futuris, sed etiam in pendentibus negotijs locum habere decernimus, etiamsi ex alia causa creditores instrumenta, & obligationes, etiam in forma Cameræ haveant.* Quę constitutio confirmata est per aliam constitutionem *Gregorij XIII.* motu proprio expeditam, contentam in *Bulla 71.eiusdem Gregorij XIII.* incipit: *Cùm sicut accepimus, eodem tomo secundo Bullarij noui.*

4 Succedit igitur doctrina celebris, & apud omnes indubitata, nempe ius canonicum, ciuile se inuicem coadiuuare, *cap.leges, cap.si in adiutorium, dist.10.capit.1.* ibi: *Quia sicut leges non dedignantur Sacros Canones imitari, ita & sacrorum instituta canonum Principum constitutionibus adiuuentur*, vbi notat omnes *de noui operis nunciat.capit.dudum 14.de Præbend. in 6. capit. authoritate 7. de concess. Præbend.eod lib.6.* Quare quemadmodum in ijs, quę iure canonico statuta non sunt, recurritur ad ius ciuile; ita in ijs quæ non sunt statuta de iure ciuili, recurri debet ad ius canonicum, vt tradunt *Butrius in cap.licèt 10. num.25. Panormit.num.10.Marian.Socin.nu.14.de foro compet. Felin.in cap.Ecclesia Sanctæ Marię 10.num.49.de constitut.Ioan.Lupus in repet.Rubricæ de donat.inter,in introduct.num.5. & num.15.Burgos de Paz in l.1.Tauri, nu.597.Castillo ibid. ad verb. Primeramente, Montallus in l.4.tit.5.lib.1.fori, ad verb. Acuerde en vno, Didac. Perez in proœmio ad ordinationes Regias, quæstion.3. Olanus in præfatione ad librum Antinomiarum, numer.5.* Cùm igitur expresse statutum sit de iure Canonico, creditores ex causa alimentorum esse pręferendos cęteris, etiam hypothęcarijs: & de iure ciuili nihil repetiatur contra statutum; imò multa similia, sequendum erit hac in re ius canonicum.

5 Nec desunt multa in iure ciuili constituta, quæ hanc sententiam coadiuuent, & confirment. Nam secundò occurrit, quoniam creditor ob impensa factas pro conseruatione rei præfertur omnibus anterioribus creditoribus, *l.interdum 5.§.qui potiores: Illius enim pecunia saluam fecit totius pignoris causam, l.huius 6.ff.eod.l.28.& 29.tit.13 part.5.& ibidem Gregorius.* Ex quo fit, vt creditor ob impensas factas pro conseruanda apotheca mercium debitoris pro alimentis, & salarijs Institorum, & alijs eiusmodi, sit pręferendus quibuscunque alijs creditoribus hypothecatijs anterioribus, in pretio mercium. Et generaliter, qui expendit pro conseruanda re, præfertur omnibus creditoribus in re conseruata, iuxta pręfatam, *l.interdum*, cum *d.l.huius*, vt notant ibi omnes Scribentes, & vbi supra relati *Caualcanus, & Decianus, Roman. singular.336.Negusantius de pignoribus 5.part.membr.2.numero 15.& 7.par.membr.3.ex num.14.Natta cons.535. ex nu.8. tom.3.Menoch.de recuper.poss.remed.11.num.8. Afflictus de executionibus §.7.cap.13.Cassanaus in Catal. gloriæ mundi, 12.part.considerat.99. limitat.3.Thusc.liter.H.concl.131. numer.27.Pichard.in commentar l.priuilegia 16.ex num.36. & num.79.ff. de priuil.creditorum, inserto in §. quadam actiones 20.Instit.de actionib.* Ergo, qui est creditor ratione alimentorum, quibus conseruatur vita hominis, & ex consequenti eius patrimonium, præferendus est alijs omnibus creditoribus quantumcunque hypothecarijs, & priuilegiatis, quoniam, vt eleganter adnotauit ingenio, & eruditione insignis humanitates, & omni virtutem genere ornatissimus *D. Petrus Iordanus Vrsinus* S.R.C. Neapolitani Pręses, in elegantissimo suo *lib.de successione feudor.p.2.q.1.art.1.num.14.in fin.* Iudices in iudicando ex similibus ad similia procedere debent, *l.non possunt, l.nam & Pedius ff.de legib.* neque enim quod legibus omissum est omittendum est religione iudicantium. Idem prosequitur *d.p.2.q.1.art.3.n.9.*

6 Tertiò, quoniam qui dat alimenta animali, vt equo, aut boui, præferri debet omnibus creditoribus in eo-

rum pretio & ratione hypothecæ in illis contractæ potest ea retinere, vt docent cum multis *Decianus*, & *Caualcanus vbi suprà*, *Negusantius de pignor. dict. 7. part. membr. 3. num. 16. Plotus de in litem iurando, §. 52. num. 7. & 8. Menochius de recuper. possess. remed. 11. numer. 9. Alciatus de præsumpt. regul. 1. præsump. 50. Thusc. liter. H. conclus. 131. num. 28. Surdus de alimentis, titul. 8 priuileg. 62. ex nu. 12.* Esset verò iniquum, & contra rationis lumen, esse melioris conditionis eum, qui credit in alimenta equi, vel bouis, quam illũ qui credit ad alimenta domini equi, vel bouis.

7 Quartò; quia creditor expensarum factarum in ægritudine, in medicamentis, & alimentis ægroti, funereque defuncti, præfertur alijs creditoribus anterioribus, *l. impensa funeris 45. ff. de religios. & sumptib. funer. leg. 1. §. de impensa, ff. ad leg. Falcid. l. vltim. §. in computatione, C. de iur. deliber. §. cùm autem, Instit. de lege Falcid. l. 12. tit. 13. part. 1. vbi Gregor. glossa 7. l. 30. in fin. titul. 13. part. 5. & ibi Gregor. glossa 5. & 6. Riccius collectan. 9. collect. 483. & collect. 2081. Negusantius de pignorib. 5. part. membr. 2. num. 28. Caballinus milleloquio 677. Couarruu. in cap. Raynaldus 18. §. 3. ex num. 3. de testament. Antonius Gomez in l. 30. Tauri, num. 2. Velazquez ibi glossa vnica, ex num. 2. Azeuedus in l. 13. quæ est eadem l. 30. Tauri, ex num. 9. Matienzus ibi gloss. 3. n. 2. & 3. Angelus glossa 3. ex num. 2. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Flores de Mena libr. 1. variar. quæst. 6. art. 3. nu. 8. & 11. Gutierrez libr. 1. practic. quæst. 72. ex num. 2. Ioannes Garcia de expens. & meliorat. cap. 8. ex num. 18. & ex nu. 23. Trentacinq. variar. resol. libro 2. tit. de actionib. resol. 3. ex numer. 18. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 94. ex num. 1. Rodriguez de concurs. creditor. 1. parte artic. 3. ex numer. 1. Pichard. in commentar. ad l. priuilegia 16. ex numer. 23. ff. de priuileg. cred. insertò in §. quædam actiones 20. Inst. de actionibus Surdus decis. 112. & decis. 255. Caualcan. decis. 32. libr. 1. Franch. decis. 51. Vinius decis. 307. Marta decis. seu voto 83. Mastrill. decis. 10. Maynardus libr. 2. decis. 47. & 48.* Non est autem minus necessarium, aut minus pium, alere sanum, quàm medicare ægrotum, aut sustentare viuum, quàm funerare defunctum, imò pro alimentis, expensis pro alendo carcerato, custodi carceris, retentionem eiusdem carcerati concedunt multi Doctores; è quibus sunt *Petrus Peckius de iure sistendi, cap. 34. ex num. 2. Guido Papa decis. 448. vbi additio Bonetony, Manson. de causis executiu. libr. 1. q. 7. ampliat. 26. ex num. 6.*

8 Quintò, quia qui redimit captum ab hostibus, contrahit hypothecam in libero homine, *leg. 2. & l. vltim. C. de postlim. reuers. l. 11. tit. 29. part. 2.* notat *Ripa in l. 1. ex num. 16. ff. de pignorib. Francisc. Baldouinus de pignoribus cap. 19. Rodriguez de concursu creditor. 1. part. artic. 3. ex numer. 15.* At dare alimenta, quibus quis vitam conseruet, sine quibus viuere non posset, magis est quam eum captiuum redimere: nam magis est redimere à morte, quam à captiuitate, & dare vitam, quàm libertatem.

9 Sextò, quia alimenta data in computatione patrimonij debitoris debent deduci, tanquam expensæ necessariæ; vt tantò minus censeatur esse in patrimonio, quantum in ipsis esset expendendum. Nam si debitor in eis expendisset, tantò minus inueniretur in eius patrimonio. Ac per consequens, expensis creditoris alimentorum, non solum est conseruatum patrimonium debitoris, sed etiam auctum in fauorem cæterorum creditorum. Quare si isti recuperarent sua debita excluso creditore alimentorũ facerent lucrum cum iactura aliena videlicet eius, qui suis expensis aluit communem debitorem, qui ex suo patrimonio erat alendus. Quod alio in proposito considerauerunt *Afflict. decis. 359. num. 1. & 2. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 257. num. 27. & 28. & cap. 343. num. 1. Auend. in. de exequend. mandat. 1. par. cap. 17. num. 11. Mastrill. de Magistr. lib. 1. c. 21. n. 103. Rodrig. de concursu credit. 1. p. art. 3. n. 18.* & probat elegans *text. in l. quod priuilegium 8. ff. depositi.*

10 Septimò facit, quia sequestratis bonis debitoris ad instantiam creditorum, nihilominus ex eis subministranda sunt alimenta domino bonorum dum durat sequestrum, & fiunt subhastationes donec perficiatur venditio, & spolietur possessione, *l. si quando 7. in princip. vers. Nam si tales, C. de ordine cognitionum*, & per illum textum senserunt præter Doctores ordinarios ibi *Bart. tract. de aliment. num. 44. Couarr. in pract. cap. 6. num. 5. Valasc. consultat. 1. ex num. 1. Gutierrez allegat. 12. & de iurament. confirmat. 1. parte cap. 17. num. 19. Surd. de aliment. tit. 1. quæst. 72. & quæst. 123. & 29. & tit. 8. priuileg. 80. numer. 4. Lara in l. si quis à liberis, §. si vel parens, ex numer. 45. ff. de liber. agnosc. Caballus cons. 137. part. 2. Trentacinq. variar. resolut. libr. 1. tit. de aliment. resolut. 1. num. 39. Castillo lib. 3. quotid. controuers. cap. 27. ex numer. 32. Thusc. liter. A. conclus. 309. numer. 16. Eruditiss. Riccius collectan. 853. & collectan. 1425.* Planè igitur alimenta præferuntur omnibus creditoribus, quantumcunque priuilegiatis.

11 Hæc sunt quæ satis comprobare videntur hanc sententiam: contra quam nihilominus iudicauit S.C. in causa Iosephi Rotundi debitoris in cuius bonis prætulit alios creditores Alexandro de Rentio creditori ex causa alimentorum datorum Scipioni Rotundo, cuius hæres erat prædictus Iosephus, & decisio facta est die 12. Iunij anni 1627. Sed nihil responsum fuit ad prædicta argumenta. Verum ex similibus decisionibus non est desumendum argumentum ad id, quod faciendum est. Decisionẽ enim, in qua non satisfit rationibus partis aduersæ, non facit intellectus, sed voluntas, vel ignorantia, à quibus exemplar ad alias non potest assumi, sed ab illis summoperè est cauendum, & vtinam non essent multæ similes. Oportet itaque discernere decisiones ex rationum vi: & non eas sequi clausis oculis, ne cæci cęcos aducãt, & ambo in foueã inferni cadant, tã ducentes, quàm sequẽtes.

12 Ex prædictis infertur resolutio aliarum duarum difficultatum. Prima est, an famuli debitoris, qui necessarij sunt ad eius seruitium, quibus debetur salarium conuentum, sint præferendi in concursu creditoribus anterioribus eius, cui inseruierunt? Non loquimur de seruitoribus, seu famulis qui adijciuntur familiæ ad vanam ostentationem, & superfluum ornatum, sine quibus quis honestè viuere posset, sed solum de necessarijs ad victum.

13 In qua *Felicianus de censibus tom. 2. lib. 3. d. cap. 5. n. 12. vers. Sed eximiam*, censet salarium debitum famulis prædictis esse præferendum alijs creditis anterioribus, etiam sub hypotheca. Cuius sententiam ex parte sequutus est *Rodriguez de concursu creditor. 1. part. art. 3. ex num. 21. & Larrea decis. 85. num. 4. & 6.* & ego censeo approbandam. Probaturque, Primò ex prædicta *Bulla Pij V. 15.* de qua suprà *nu. 3. incip. Cupientes*, in cuius §. 6. salarium famulorum mercenariorum constituitur tertio loco post victum, & vestitum debitoris, constitutorum primo, & secundo loco; & hæc tria debita præferuntur omnibus alijs creditoribus, etiam anterioribus.

14 Secundò, quoniam debitum ex salario famulorum necessariorum ad seruitium debitoris, est debitum alimentorum: nam alimenta comprehendunt etiam salarium famulorum: & qui tenetur aliquem alere, tenetur præbere famulos, seu seruitores, qui illi famulentur, & necessaria seruitia impendant. Quia, cùm alimentorũ appellatio

con-

contineat ea omnia, quæ ad vitam hominis sunt necessaria, & sine quibus neque subsistere potest, neque vitam colere, vt docuit *text. in l. 2. tit. 19. part. 4.* & notat *Surd. de alimentis, titul. 4. quæst. 6. in princip. Cornelius Benincasius tract. de paupertate, & eius priuilegijs, q. 8. num. 33. Larrea vbi sup. dict. num. 4.* & multi sunt homines, qui sine famulis vitam ducere non possint, nec sibi ipsis seruire, sed omnino egeant famulatu, & seruitoribus; fit, vt qui tenetur alere, teneatur etiam præbere seruitores, & famulos, & eis dare salarium, aut alimenta. Animaduertit *glossa in Authent. de non eligendo secundo nubentes, §. illud quoque dudum, verb. Onera, & ibi Bart. num. 3.* dicit esse notandum *Ioan. Lupus in repet. Rubr. de donat. inter. §. 68. num. 5. & 6. & in cap. per vestras, tertio notabili, in princip. numer. 2. vers. Ad hoc est textus, eod. tit. Caualcan. de vsu fructu mulier relicto, num. 27. Grammatic. decis. 103. num. 19. Hipolyt. Bonacosa tract. de famulis, q. 245.*

15 Inde etiam fit, vt qui tenetur alere dominum, teneatur etiam alere seruitorem, vt argumento illius textus notat *Panormitan. in cap. quanto vo. num. 4. de censibus Rebuff. de priuilegijs scholasticor. priuileg. 166. numer. 279. vers. Preterea qui tenetur*, & qui inuitat dominum, videtur inuitare saltem vnum famulum, qui maneat cum domino, vt ibidem ex quarundam prouinciarum vsu, & nominatim Italiæ, refert *Rebuffus*, quem sequitur *Bonacosa in d. tract. da seruis, vel famulis, quæst. 120.*

16 Item fit, vt salaria, & expensæ famulorum censeri debeant onera fructuum Ecclesiæ vacantis vt quicunque prętendat, aut se esse successorem illius, aut quouis modo fructus ad se pertinere, debeat primùm eas expensas deducere, & soluere, vt residuum censeantur esse fructus, iuxta commune Legistarum proloquium, quod fructus dicantur deductis expensis, *l. si à patre vel domino 36. §. fructus, ff. de petit. hæred. l. fundus qui 51. in princio, ff. fam. ercis. l. quod in fructus 46. ff. de vsuris, l. fructus 7. in pric. ff. solut. matrim.* Et in specie probat *text. in cap. præsenti 9. §. porrò, de offic. Ordinar. in 6.* vbi notat *Geminianus n. 2. & 3. Philip. Francus n. 2. Tiraq. de retract. lign. §. 15. gloss. 1. n. 7. Franc. Marcus decis. 436. n. 1. 1. part. Gulielm. Redoanus de spolijs Ecclesiastic. q. 20. ex numer. 33. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 94. ex num. 30. Flores de Mena variar. quæst. lib. 1. q. 8. §. 1. ex numer. 4.* Habes multa de hac materia apud *Solerz. de iure Indiar. tom. 2. lib. 3. cap. 11. ex n. 46.* quem vide.

17 Hoc igitur debitum ex salario famulorum censeri debet pars debiti alimentorum, ac per consequens eodem iure prælationis gaudere debet comparatione aliorum creditorum debitoris communis quo gaudet debitum alimentorum, iuxta superius dicta; non enim debet vna, & eadem res diuerso iure censeri, *l. eum qui ædes 23. ff. de vsucapionib.*

18 De iure Castellę circa salatium famulorum occurrit aduertendum, salarium famulis debitum pręscribi per triennium, numerandum à recessu dominorum, & deinceps peti non posse; nisi famulus probauerit, in illis tribus annis petijsse se salarium à domino, & dominum noluisse soluere. Ita statuitur in *leg. 9. tit. 15. lib. 4. Recop.* ad quam videndus est *Azeuedus, Gutierrez in repet. leg. nemo potest, numer. 487. ff. de legat. 1. & de iuramento confirm. 3. part. capit. 1. ex num. 20. Duenas regula 306. Menchaca de successION. creatione, lib. 1. §. 10. ex numer. 33. Didac. Perez in l. 3. titul. 13. libr. 3. Ordinam. col. 1233. in principio, Padilla in leg. si quas actiones 1. ex num. 43. C. de seruit. & aqua. Orosc ius in l. omnes populi 9. numer. 76. ff. de iustit. & iur. Messia in legem Regiam Toleti, titul. de los terminos, in 10. fundamento, 1. part. num. 9. Flores de Mena variar. quæst. libr. 1. q. 8. §. 2. ex num. 38. Rebuff. tom. 2. in Const. Regi tit. de famulorum salarijs, gloss. 1. ex num. 2. Alfons. de Castro de potestate legis pœnalis, lib. 2. cap. 10. ex vers. Quintò adhuc apertissimè, Molin. de iustit. tom. 1. tract. 2. disp. 67. ex numer. 2. (Riccius collect. 3787.)*

19 Secunda difficultas est, vtrum hypotheca illa innectorum, & illatorum in domo, seu prædio vrbano conductis, quam lex introduxit iuxta *text. in l. item quia 4. ff. de pact. in l. debitor 32. ff. de pignorib. l. Pomponius 2. leg. si horreum 3. leg. eo iure vtimur. 4. ff. in quib. caus. pign. tacit. contrahat. l. certi iuris 5. C. de locat. §. Seruiana, Inst. de actionibus* de qua *Negusant. de pignorib. 2. part. membr. 4. ex num. 128.* vtrum, inquam, ista hypotheca, seu tacita à lege inducta, seu expressa conuenta à contrahentibus iuxta *l. contrahitur 4. ff. de pignor.* sit præferenda hypothecis alijs anterioribus in concursu creditorum? Et respondendum est, esse præferendam. Ratio est, quia debitum ex habitatione domus locatæ est debitum alimentorum. Nam alimentorum nomine continetur proculdubio habitatio: & qui debet alimenta, debet præbere habitationem, *l. legatis 6. ff. de aliment. & cibar. legat. Lara in leg. si quis à liberis, §. non tantum, num. 24. ff. de liber. agnosc. Surdus*, qui refert plurimos, *de aliment. tit. 4. quæst. 4. ex numer. 1. Moneta de commutat. vltimar. volunt. capit. 5. quæst. 3. numero 134.* Ergo hoc debitum habet eadem priuilegia, & eandem pręlationem, quam habet debitum alimentorum. Et sic memini me obtinuisse in quadam causa tanquam. Aduocatus in Regia Curia pro domino domus locatæ contra creditores anteriores conductoris in rebus innectis, & illatis.

SVMMA DISPVTATIONIS
Trigesimæ.

1 Creditores posteriores ex causa onerosa non esse præferendos prioribus ex causa lucratiua, qui senserit.
2 Qui prior est tempore potior est iure.
3 Donationi non præiudicatur ex obligatione posteà contracta cum Fisco.
4 Creditores mariti posteriores non possunt obtinere contra sponsam donatariam.
5 Hypotheca contracta est factam donationem, rem donatam non afficit.
6 Donationi iure celebratæ non officit obligatio insequuta.
7 Pignus prætorium prius ex causa lucratiua præfertur posteriori iudiciali ex causa onerosa.
8 Donatio ante nuptias habet inter cæteros creditores sui temporis ordinem.
9 Verior est contraria sententia, creditores posteriores ex causa onerosa esse præferendos prioribus ex causa lucratiua, & qui Doctores id affirmauerint.
10 Est sententia magis communis, & maiori authoritate Doctorum, & rerum iudicatarum fulcita.
Donator non conuenitur, nisi in quantum facere potest, deducto etiam ære alieno, ib.
Ad deducendum æs alienum, & videndum, an facere possit, spectatur tempus exactionis, ib.
Prius reddendum est debitum quàm impondendum beneficium, ib.
Legata ex bonis defunctis soluenda sunt secundo loco post debita, ib.
11 Creditori ex persona debitoris competit eadem exceptio, quæ debitori competebat.
12 Beneficium donatori indultum non communicatur fideiussori, neque hæredi.

quantam traditionem, quæ sine diuinationis vitio in eo textu suppleri non potest.

7 Sextò probatur ex *textu* (quem quidam putabat ineuitabilem) *in l. 2. C. qui potiores*, vbi pignus Prætorium prius ex causa fideicommissi, quæ est causa lucratiua, præfertur posteriori iudiciali ex causa onerosa.

8 Septimò tandem probatur ex *textu* expressissimo nouiter inuento *in l. assiduis 12. §. hęc autem tantum, C. qui potiores in pign. habeant. Hac autem tantum (inquit) ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori seruire disponimus; & habere inter creditores sui temporis ordinem.* Ecce statuitur, vt causa lucratiua nempè ante nuptias donatio habeat inter cæteros creditores sui temporis ordinem. Ergo si prior sit tempore, potior erit in iure, & non præferetur illi causa onerosa posterior. Hęc sunt quotquot adduci possunt pro hac sententia fundamenta (23. *Horatius Barbatus in pragmat. de assistent. gloss. 7. ex num. 17.*)

9 Contraria nihilominus sententia, quæ vera est, & à nobis amplectanda, affirmat, creditores posteriores ex causa onerosa hypothecarios præferendos esse anterioribus hypothecarijs ex causa lucratiua. Hanc sententiam tuentur.

1 *Cumanus in l. priuilegia 16. num. 19. ff. de priuil. creditor.*
2 *Iason. in l. inter. eos 19. num. 1. ff. de re iudic.*
3 *Alciatus in l. pupillus 24. nu. 14. ff. quæ in fraudem creditorum.*
4 *Capicius decis. 78. num. 7.*
5 *Cephalus cons. 555. nu. 11. lib. 4.*
6 *Asinius tract. de executionib. §. 7. cap. 47.*
7 *Martinus Nauarrus in Manuali cap. 17. nu. 50.*
8 *Gut ierrez de iuramen. confirmat. 3. par. cap. 15. nu. 19.* qui dicit, sic sæpius decisum: & refert tres decisiones Cancellariæ Vallisoletanæ.
9 *Castillo dec. 72. lib. 1. & in additione ib.*
10 *Paschalis de viribus patriæ potestatis, par. 2. c. 9. ex numero 45.*
11 *Carroccius decis. 125. num 9.*
12 *Fuluius Constantius in l. 1. n. 110. cum seq. C. de filijs Officialium, lib. 12.*
13 *Carrasco ad nouam Recopilat. cap. 11. 3. par. nu. 205. 206. et 207. & n. 215. 216. & 217.* qui ait, pro hac parte esse communem practicam, & sic se obtinuisse.
14 *Capiblancus singulari 1.*
15 *Rouitus decis. 48. ex num. 14.*
16 *Ioannes Medina Codice de rebus restituendis, quæst. 2. dub. 5. conclus. 4.*
17 *Sayrus in Claui Regia, lib. 10. tract. 5. cap. 10. numer. 34.* qui refert alios, & ait, hanc sententiam esse communem, & veram.
18 *Molina de iustit. tract. 2. disp. 413. nu. 12. et 2.*
19 *Bonacina summæ moralis, tom. 2. tract. de restitutione, disp. 1. quæst. 8. punct. 2. nu. 12.*
20 *Rebellus 1. par. de obligationib. iustitia, libr. 2. quæst. 19. num. 14.*
21 *Tepatus in compend. var. tom. 2. tit. 505. cap. 7. col. 3. vers. Creditores ex causa onerosa.*
22 *Afflict. decis. 186.* vbi creditor pro pęna, quæ est causa lucratiua, cedit posteriori ex causa onerosa.

10 Itaque hæc sententia est magis communis, & maiori authoritate Doctorum, & rerum iudicatarum fulcita, & probatur. Primò ex *text. in l. inter eos 19. §. is quoque, in leg. cum ex causa 30. l. & ex hæredatum 49. cum lege sequenti ff. de re iudicat. l. qui ex donatione 12. ff. de donationib. l. maritus 54. ff. solut. matrim. l. diuus Pius 28. ff. de reg iur.* In quibus statuitur, donatorem non conueniendum, nisi in quantum facere possit deducto etiam ære alieno, quod sic in S. Conf. decisum refert *Franch. decis. 697.* notat *Brunus de cessione bonorum, quæst. 27. quarta quæst. principalis, numer. 1.* Ad deducendum vero æs alienum, & gaudendum beneficio, ne conueniatur, nisi in quantum facere possit spectandum esse tempus exactionis, probat *textus in l. rei iudicatæ 15. in principio, ff. solut. matrim.* & notat *Conanus, commentariorum iuris ciuilis lib. 8. cap. 9. numero 10. Rouitus d. decis. 48. numer. 18. & 19. Ponte de potestat. Proreg. tit. 5. num. 33.* qui alios textus allegat, & *Paschal. de virib. patriæ potest. 2. par. d. cap. 9. nu. 45. vers. Et quòd donans.* Ex quo consequens est, vt contendentibus creditore priori ex donatione, & posteriori ex contractu oneroso, prius sit satisfaciendus creditor posterior ex causa onerosa, quam donatarius consequatur suam donationem, siquidem antequam exigat donatarius à donatore, prius deducendum est æs alienum. Rectè enim ait *Surd. de aliment. tit. 1. quæst. 18. numer. 11.* Prius reddendum est debitom, quam impendendũ beneficium. Ergo debitum ex causa onerosa præferri debet debito ex causa lucratiua. Et confirmatur quia cùm constet, legata ex bonis defuncti soluenda esse secundo loco post debita, *Glossa* tractans de solutione legatorum *in l. creditoribus, verb. Potuit, ff. de separationibus*, vtitur eodem verbo, *deducto ære alieno*, quo vtuntur Iurisconsulti, cùm tractant de solutione donationis. Ex quò consequens est, significare Iurisconsultos, donationes esse soluendas secundo loco post credita, dum dicunt, soluendas esse, *deducto ære alieno.*

11 Secundò probatur, quoniam creditori ex persona debitoris competit eadem exceptio aduersum alterum, quę debitor aduersus illum competebat *l. si eũ 15. C. de non numerata pecun.* vbi notant Scribentes *Cynus Bartol. Bald. Angel. Salicet. Fulgos. Alciat. vbi supra.* Sed si creditor ex causa lucratiua conueniret debitorem, seu donatorem, competeret donatori exceptio, quòd prius soluẽdum esset æs alienum. Ergo eadem exceptio competetet creditori ex causa onerosa ex persona debitoris sui aduersus creditorem ex causa lucratiua, siue donatarium, nempè, vt ante donationem deducatur æs alienum, seu quod sibi debetur.

12 Neque huic rationi, quæ efficaciter vrget, satisfaciet qui dixerit, hoc priuilegium, seu beneficium indultum donatori eatenus effectum habere, quatenus donator ipse à donatario conueniatur, vt præsupponunt leges allegatæ *suprà numer. 10.* & decisum refert *Franchis decis. 697. nu. 1.* tunc enim deducendum est patrimonium sufficiens ad satisfaciendos creditores; atque item quod satisfit ad ipsũ donatorem pro dignitate alendum, de reliquo satisfaciendum est donatario. Cæterum hoc beneficium nulli alij prodesse potest, neque alij à donatario communicatur, aut ex persona sua alius participat: nam neque fideiussori prodest *l. & si fideiussor. 24. l. Nesennius 41. ff. de re iudicat.* neque hæredi datus *l. sciendum 25. d. l. Nesennius, ff. eodem tit. Franch. decis. 698.* tametsi in fine illius decisionis possit videri contrarius. Adstipulatur *Paschalis Vbi suprà, dict. num. 45. in princip. versic. Hoc autem beneficium*, & ambiguam videantur reddere resolutionem, quæ notant *Ioannes Faber in §. idem est si quis, nu. 4. Instit. de action et Angelus Aretinus in §. item si quis, nu. 5. Instit. eod. tit.* Ex quibus colligitur, creditores ex causa onerosa non posse vti hac exceptione aduersus donatarium, quomodo videtur conatus satisfacere *Rodriguez de concursu creditor. 2. par. artic. 1. num. 20.* quamuis non benè se explicet.

13 Neque

13 Non, inquam, satisfaciet quoniam & si non negemus, hoc esse beneficium donatoris incommunicabile alteri: asstimus tamen ex eo beneficio indulto à iure donatori comparatione donatarij resultare creditoribus donatoris ex causa onerosa ius, vt obtineant primum locum crediti inter debita sui debitoris, & illis ante cæteros satisfieri debeat. Quem primum locum erga cæteros secundos prius obtentum, & in se ipsis radicatum post ex nullo accidenti possunt amittere sine sua voluntate, iuxta *textum in l. id quod nostrum 11. ff. de regul. iur.* & optimum textum in *l. vltima. ff. de pact. & in l. si ego 10. §. si res*, ibi; *iam hæredis dominium est, à quo discedere non posse rerum dominium inuito eo, fatendum est, ff. de iure dotium*. Ita fit, vt quamuis neque hæres donationis, neque ius fideiussor possit hoc beneficio, aut eius exceptione vti aduersus donatarium, possint tamen creditores ipsi ex causa onerosa opponere creditoribus ex causa lucratiua, ius quæsitum sibi ex eo beneficio, quod suo debitori, vel viuenti competit, vel defuncto, dum vixit competebat, ex quo illis prouenit, vt primo loco essent satisfaciendi, cuius beneficij intuitu, & iuris ex eo prouenientis poterunt iure optimo allegate, contraxisse se cum debitore, quoniam, inquam, videbant, se præferendos esse tempore exactionis prioribus creditoribus ex causa lucratiua in illis bonis, quæ debitor habuisset, cùm tempore contractus solis debitis ex causa lucratiua esset obnoxius; a quo iure sic obtento nullo casu postea occurrente cadere possunt, nisi voluntate sua illi cedant, *d. l. vltima, ff. de pact. d. l. si ego 10. §. si res, ff. de iur. dot. & l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.* Neque nouum est in iure, ex beneficio vnius, quod alteri denegatur, eidem commodum, & vtilitatem per accidens prouenire, cui beneficium illud non competeret, vt *in l. posthumus 6. §. si quis ex his, ff. de inofficioso testam. leg. si filio emancipato, vltima, ff de liber. & posthum.* vbi notat *gloss. verb. Venient, l. non tantum 3. §. si quis ex liberis, l. illud 4. §. si quis eum, leg. non putauit 8. §. si in adoptionem, & §. non est nouum, l. si post mortem 10. §. 1. & §. exheredati, & §. hi qui propter, l. si in adoptionem 11. in princip. l. si duobus filijs 12. l. ex duobus 14. ff. de bonor. possess. contra tabul.* Ex quibus constat, nonnunquam filios beneficio aliorum, qui edictum committunt, seu edicto locum faciunt, ad hæreditatem parentum, aut eius portionem admitti, vel ad iuris beneficium, quæ alioqui per se ipsos non consequerentur. Notant *Bartol. in dict. l. si post mortem, in §. hi qui propter, & Iason. in d. l. si filio emancipato, & in l. si emancipati, ex numer. 5. Cod. de collationibus*, vbi latè, & adducit multa exempla, *& in leg. posthumo 2. numer. 8. 9. & 10. vbi etiam Alexand. numer. 4. 5. & 6. C. de bonor. poss. contra tabul. Franchis dec. 106. num. 5. & dec. 269. ex num. 2. & dec. 667. num. 4. Riccius in praxi rer. quotid. 4. part. resolutio. 16. numer. 1. Monterus decis. 14. num. 84.*

14 Tertiò adducitur pro hac sententia *text. in leg. vltima, §. Lucius. ff. de donat.* vbi qui donauit rem, ante traditionem, potest eam posteriori creditori obligare: qui posterior creditor firmam habet obligationem pignoris etiam secura traditione facta donatario, vt multis in eam rem allegatis notat *Ant. de Amato var. resol. lib. 1. resol. 26. nu. 2.* Ergo posterior creditor ex causa onerosa præfertur priori ex causa lucratiua.

15 Neque satisfaciet qui responderit, in *d. §. Lucius* præsupponi rem fuisse donatam, non hypothecatam, atque ita ibi non concurrere creditorem posteriorem hypothecarium cum hypothecario anteriori, sed cum chirographario, ideò mirum non est, si præferatur, quia vniuersim creditores hypothecarij præferuntur chirographarijs, *l. eos 9. C. qui potiores.*

16 Non, inquam, satisfaciet. Primò, quoniam *Bartol. in eodem §. Lucius*, ita interpretatus est *donauit*, idest, *ex causa donationis obligauit, vel promisit*: quasi nulla differentia sit constituenda in eius textus decisione, siue prius res sit obligata ex causa donationis, siue solum promissa. Secundò, id apertius demonstrat ratio decidendi assignata à *Glossa ibi, verb. Obligauit, & verb. Habere*, approbata idem communiter à Doctoribus, & à *Celso Hugone consil. 53. numer. 2. & consil. 58. numer. 6. & consil. 60. numer. 13. & consil. 100. num. 10. & consil. 104. numer. 2.* videlicet, quòd res antequam à donatore tradatur, manet sub eius dominio, atque ita potest subijci hypothecæ, quæ post etiam tradita donatario; transit cum sua causa. Quæ ratio æquè militat in casu, quo quis donant sine hypotheca, vel cum illa. Igitur etiam si primo donatario res fuisset hypothecata, manebit posteriori creditori firmum pignus, excludetque donatarium priorem. Et sic prædicta conclusio rectè elicitur ex illo textu, vt creditor ex causa onerosa præferatur priori ex causa lucratiua. Tertiò, quoniam iuxta illam interpretationem, quam comminiscuntur aduersarij, ratio decidendi esset in illo textu, quòd creditor hypothecarius præfertur chirographario, iuxta *textum in d. l. eos*, cum similibus, quam neque glossa, neque Doctores reddiderunt, imò neque vlla ibidem illius mentio. Quartò, quoniam dicere in illo textu, rem non fuisse hypothecatam donatario, diuinatio est, quemadmodum, & fuisse hypothecatam. Ergo decisio generalis vtrumque casum debet comprehendere, nullo in specie præsupposito, cuius decidendi ratio vtrumque complectitur.

17 Neque item obstat prædictis quod quidam objiciunt retorquentes aduersus hanc sententiam *tex. in d. §. Lucius*, dum probat, rem donatam affectam hypotheca transire cum sua causa in donatarium, ex quo colligitur, si res donata fuisset prius supposita hypothecæ pro securitate ipsius donatarij, transituram cum eodem onere ad posteriorem creditorem ex causa onerosa: atque adeò poterit per hypothecariam actionem ab eo auocari.

18 Non, inquam, obstat, quoniam cùm dicamus, causam onerosam præferri lucratiuæ, & ex consequenti hypothecam pro causa onerosa præferri, & præcedere eam, quæ sumitur pro causa lucratiua, ex ipsa contractuum natura, fit, vt in hoc casu idem dicendum sit, quod dicitur, cùm res duobus hypothecis subiecta traditur priori creditori. Etenim tunc posteriori dumtaxat competit ius offerendi, vt eam à priori auocet, *l. 1. 2. & 3. C. si antiqu. credit. pignor. vendider.* Ita non negamus, manere subiectā rem prius donatam traditam in solutum creditori posteriori ex causa onerosa, si prius hypothecam fauore donatarij contraxerat; verùm cum creditum ex causa lucratiua sit posterioris ordinis, etiam si tempore prius, non poterit donatarius per suam hypothecam, velot posteriorem, auocare a possessore ex titulo onerosa rem, nisi offerat, & soluat quod illi debebatur.

19 Tertiò pro eadem sententia adducitur *tex. in l. si maritus tuus 12. C. de donat. inter vir.* vbi prior donataria mariti non potest se tueri aduersus posteriores creditores ex iure per donationem quæsito, imò alienatione sequuta videtur exempta res alienata à priori vinculo donationis.

20 Quartò expenditur pro hac parte celebris limitatio ad regulam *qui prior est tempore, potior est iure*, quam tradunt *Bartol. & Angelus post glossam in leg. diuersis 8. verb. Data,*

Data, C.qui potiores, & approbat *Ripa*, eamque appellat æquam, *in leg.priuilegia 16.numer.23.ff. de priuil.cred. & Gregor.Lopez in l.27.titul.13.part.5.gloss.1. in fin. versicul. Et signanter nota, Tiraquell.de retract.lignag.§. 1. gloss. 18. num.85.& de retract.convention.§.4.gloss.6. ex numer. 14. Hieronym.de Laurentijs decis.153.num.2.& 6.Mascard. de probationib.conclus.372.numer. 2.volum. 1. Auendanus de censibus,cap.111.num.11.versicul.Secundò limitatur, Felicianus.de censibus,tom.1.libr.3.capit.5.num.23.& 24. Castellianus Cotta in memoralibus, verb.creditor prior, Asinius de executionib.§.7.cap.12.Gabriel. Mudeus tract.de pignoribus, titul.quibus mod.pignus, vel hypoth. solui. numer. 100.* Nam ea regula limitanda est, cum constat, creditorem posteriorem numerasse, vel tradidisse pecuniam, vel rem, pro quibus bona debitoris ei sunt obligata; prior verò nititur sola confessione debitoris, hoc, inquam casu posterior præfertur priori. Si ergo confessio prior debiti, etiam ex causa onerosa cedit obligatione posteriori ex vera numeratione, multo maiori ratione cedet debitum prius ex causa lucratiua debito posteriori ex causa onerosa, cùm constet, nihil numeratum esse debitori à creditore ex causa lucratiua, nihilque commodi percepisse, vt se, & bona sua obligaret, alioqui donatio gratuita non foret, contra propriam suam naturam, *leg.1.ff.de donationib.* Quo argumento vsus est *Gutierrez vbi supra num.21.*

21 Et confirmatur hæc ratio ex elegantissimo, & singulari *textu in leg. & ex hæredatum 49.§.quemadmodum in fin. ff. de re iudicat.* vbi Paulus I. C. agens de debito ex causa onerosa comparatione debiti ex causa lucratiua illud vocat verum debitum, quasi hoc non esset verùm debitum, dum ait; *Pinguis enim donatori succurrere debemus, quàm ei, qui verum debitum persoluere compellitur.*

22 Quinto expendo, quòd cum hypotheca sit accessoria principali obligationi personali, illius naturam sequatur, necesse est, *capite accessorium 42. de regulis iuris in 6.l. cùm principalis 139.l.nihil dolo 172.§.cum principalis, ff. de regul.iur.leg.1. & 2.ff.de pecul. legat.* & non potest immutare naturam eius, aut obligare reum plusquam contractus ipse natura sua obliget, iuxta textum, & ibi notata à Doctoribus *in leg. Græca 9.§. illud commune, cum paragraphis sequentibus, leg.hi, qui accessionis 35.ff.de fideiussoribus.* Cùm ergo in donationis contractu ex mente donatoris, non sit alia voluntas eius, neque quisquam possit interpretari, fuisse aliam, quàm, vt sibi reseruet ad victum, quod opus sit: nam si futuras rei suę difficultates habuisset animo bene prouisas, nunquam donasset, vt rectè considerat *Franciscus Conanus commentarior.iuris ciuilis, libro 8.capite 9. numero 10.* & eo non citato ab eo desumpserunt *Pichardus in manuductione ad praxim.præcept. 9.numer.19.& Rouitus decis.48.num.41.* ex quo prouenit, vt idem contractus non possit contra promissorem executioni mãdari, nisi soluto omni ære alieno, idest tam ante donationem, quàm post donationem contracto, cui tẽpore exactionis inuenitur donator obnoxius, eo quòd leges superius adductę generaliter, & indistinctè loquantur, atque ita sine distinctione sint accipiendæ, fiet, vt concedant priuilegium, seu beneficium illud, non solum donatori obligato personaliter, sed etiam obligato realiter, & personaliter simul; tàm quoad æs alienum ante donationem contractum, quàm post donationem, tùm quoniam eius beneficij, & indulgentiæ ratio æquè se extendat ad omnia debita ex causa onerosa, tàm præcedentia, quàm subsequentia donationem, *iuxta dict.leg.& ex hæredatum, 49.§.quemadmodum, l.ne liberalitate 50.ff.de re iudicat.* tùm etiam, quoniam nullius esset effectus, aut vtilitatis, si sola priora comprehẽderet. Tertiò, quoniam decisio, quod posterior hypothecarius creditor donatarius dumtaxat personali creditori præferretur, nullam poterat habere probabilem dubitandi rationem, contra *textum in l.quod Labeo 9.ff.de Carbon. edict.* Quarto denique quoniam eius decisionis ratio non poterat fundari in natura ipsius causæ lucratiuæ, vt eam fundant Iurisconsulti, sed in prælatione debita hypothecarijs creditoribus respectu chirographariorum. Ex quibus omnibus planè colligitur, hypothecam priorem acceptam pro securitate causæ lucratiuè, cedere hypothecæ pro causa onerosa posteriore, quemadmodum obligatio principalis lucratiua cedit obligationi onerosę, & ab illa vincitur & nõ posse censeri cõfirmare obligationem in alium casum, quàm in eum, quo ipsa principalis obligatio ligat donatorem, videlicet quoad casum quo solutis creditis onerosis anterioribus, idest antecedentibus exactionem donationis, atque item posterioribus, & deducto eo, quo donator indiget ad se pro dignitate alendum, ex eius patrimonio supersit, spectato tempore exactionis ad satisfaciendum debita ex causa lucratiua, nõ vt donationem faciat efficaciorem, quàm sit ipsa ex natura sua, aut vt eam debitoris onerosis præferat, quod esset eius naturã immutare, contra voluntatem donatoris qui cõformare velle dispositioni iuris censendus est, & non vlterius se obligare, quàm leges illum obligent.

23 Sextò probatur, quoniam in toto iure certum est, pręferri eos, qui tractant de damno vitando, ijs, qui tractant de lucro captando, & nunquam est par vtrorumq; conditio, *l.vltim. in fin. C.de codicill.leg. scimus, vltima §. licentia, C.de iure deliber. lege vltima, C.de acquirend. possess. Menoch.de præsumptio.libro 2.præsumpt. 72. numer. 7.* At donatarius certat pro lucro, creditor ex causa onerosa vitando damno.

24 Septimo expendo, esse tantam vim huius æquitatis, quòd præferatur certans pro damno vitando certanti pro captando lucro, & creditor ex causa onerosa creditori ex causa lucratiua, vt id etiam seruandum esse statuant iura in creditoribus multum priuilegiatis. Ex quo fit, vt Fisco priuilegiatissimo agenti pro exigendis pęnis in quibus habet causam lucratiuam (vt ego notaui post plurimos supra *tit.2.disputatione 1.num.26.circa fin.& tit.3. disputat.25.num.15.* pręferantur creditores ex causa onerosa, *iuxta text. in l.quod placuit 37. l.in summa 17.ff.de iure fisci, l.1.C.pœnis fiscal.cred.præferri lib.10.Negusant.de pignor.2.par.memb.4.numero 117.& 118.Salicet. in leg.si debitor.4. C.de priuileg.fisc.* vltra Doctores qui notant in prædictis locis. Vrgeturq; argumentum ex nota *Parlad. in sesquicentur. different.111.numero 15.* dicentis, hypothecam tacitam Fisco competere pro pœnis in bonis delinquentis, cuius doctrina quatenus vera sit, dixi *dict.tit. 2.disput.1.num.33.* & nihilominus illi præfertur creditor ex causa onerosa, vt dixi cum multis *d.disput.1.num. 26.* & ibi attulit exemplum.

25 Octauo tandem pro eadem sententia facit *textus in capit. 1. de notis feudor.* vbi vasalli in inuestito de feudo, quod dicitur de Cauena, seu Camera præferuntur omnes creditores domini; non enim soluitur quod debetur ex tali feudo, nisi deducto omni ære alieno. Et ibi notant *Baldus, Aluarotus, Afflictis, Grammaticus consil. 160. ciuili, num.9. Valascus de iure emphyteutico, quæst.40. num. 19. Ioann. Andræas Georgius in repetit. feudalib. capit. 41. numer. 9.* & meminerunt de debito ex causa lucratiua

dona-

donationis, dicentes, præferendum esse ei debitum ex causa onerosa.

26 Multa & optima fundamenta huius sententiæ tulit *Gutierrez de iurament. confirmat. 3. par. dict. capit. 15. ex numero 19.* Cui addo difficultati, quam ille sensit ex repugnantia *textus in l. penultima, ff. de iure dot. cum l. Nesennius, ff. de re iudic.* optimè satisfacere *Iulium Pacium legum conciliatarum, centur. 7. quæst. 7. & Iacobum Cuiacium obseruation, libro 12. cap. 18.*

27 Reliquum est, vt satisfaciamus argumentis adductis pro prima sententia. Et in primis, quoniam ad Doctores relatos pro hac parte, quam amplectimur, conatus effugere authoritatis viri maiorem, respondet *Mantica*, non egisse de creditoribus ex causa lucratiua hypothecarijs, sed solùm de chirographarijs, id fundamentum non habet, neque veritatem, quod patebit, si loca ipsa videantur, aut enim tractant in genere de creditoribus fundantes decisionem in ratione vniuersali, quę vtroque comprehendit, vt *Cumanus*, qui referens creditorum priuilegia; tam hypothecariis quam chirographariorum, cum loquutus est de ijs chirographarijs, id expressit, vbi verò non expressit, loquutus est etiam de hypothecarijs, vt cōstat ex contextu, aut agunt in specie de creditoribus hypothecarijs ex causa lucratiua, eosque dicunt cedere posterioribus ex causa onerosa.

28 Ad primum argumentum pro contraria sententia dico, regulam esse certissimam, creditorem hypothecarium priorem tempore potiorem esse iure, à qua recedendum nō esse, nisi vbi iuris ratio, vel expressa lex recedendum suadet. Et quamuis non sit lex, quæ expressè dicat, creditorem posteriorem ex causa onerosa esse preferendum priori ex causa lucratiua, sunt tamen leges, quæ expressè dicant, cùm conuenitur, & exigitur donator à donatario, priusquam donatarius obtineat, esse soluendum quidquid tempore exactionis donator debet, & satisfaciendos omnes eius creditores, etiam si sint posteriores donatione, dū sint priores exactione, quas superius retulimus, ex quibus deducitur per euidētem consequentiam, esse satisfaciēdos, priusquā donatariorum priorē, creditores ex causa onerosa posteriores, & esse preferendos donatario. Neque id nouum est, imò nulla est regula iuris, quæ non patiatur plurimas limitationes ex ipso iure, aut ratione iuris, *leg. omnis diffinitio 203. ff. de regulis iuris*. Et huius eiusdem regulæ viginti fallentias tradit *Negusantius*, tametsi huius non meminerit, *de pign. 5. par. membro 2. ex numero 15.* & viginti quinque *Cassanaus*, hanc quoque omittens in *Cathologo gloriæ mundi 12. par. consideratione 99. ex versiculo*, *Hæc regula*, & inde fit, vt aliæ leges ex aliis intelligantur, & explicentur *leg. non est nouum 26. cum duabus sequentibus, ff. de legib.*

29 Ad secundum dicendum est, casum *l. 1. C. de iure fisci, libro 10.* esse diuersum à quæstione proposita. Nam ibi non concurrebat creditor anterior hypothecarius ex causa lucratiua, cum Fisco posteriori ex causa onerosa, sed cum domino: siquidem donatarius iam desierat esse creditor, cùm ibi præsupponatur, acquisisse dominium, & possessionem rei donatæ, vt notat *ibi, gloss. verb. Perfectam*, quam sequitur *Bart. num. 6. Baldus numer. 1. 2. & 13. Ioannes de Platea numer. 3. Lucas de Penna ante numero 1. Andreas de Barulo numero 1. & 3. Iacobus Cuiacius, Fuluius Constantius numero 9. & 10. Couarruuias libro 1. variar. cap. 16. num. 2* & ea interpretatio non habet contradictorem. Ita in illa specie donatori nihil debebatur, ac per consequens creditor dici non poterat, *l. creditores 10. l. creditorum 11. ff. de verbor. signific.* Ex quibus fit, vt Fiscus, qui agebat ex causa onerosa in illa specie, neque poterat agere hypothecaria aduersus bona, quæ tempore contractæ fuit obligationis, non erant sub dominio debitoris, sed erant iam extra eius patrimonium, *iuxta text. in leg. quæ prædium 6. Codic. si res alienat. pignor. data sit, & tradita à Iason in §. item seruiana, num. 86. instit. de action. Afflict. decis. 37. ex num. 5. & decisio. 383. Sesse, decis. 42 ex num. 21. lib. 1. Gail. obseruat. practic. lib. 2. obser. 26. & 27. & 36. Negusant. de pignor. 8. part. princip. memb. 3. ex num. 6. Mascardo de probationib. conclus. 437. creditor. volum. 1. & conclus. 537. ex num. 13. eod. volum. & conclus. 871. in disceptationem, volum. 2. Menoch. de præsumpt. libr. 6. præsumptione 63. ex numer. 12. Peregrin. de fideicommiss. art. 44. numer. 27. Feliciano de censib. tom. 2. libro 3. cap. 4. numer. 8. Gasparo Roderico de annuis redditib. libr. 2. quæst. 9. ex num. 71.* neque possit agere aduersus donatarium possessorem actione recissoria, Pauliana, aut Caluisiana, quia donatio facta non fuerat in fraudem obligationis suæ, nondum contractæ. Secus esset retento eodem themate, si ille, qui donationem fecerat, rem donatam non tradidisset, sed ante traditionem debitum cum Fisco contraxisset, aut cum alio creditore ex causa onerosa, de quo casu egimus in hac disputatione. Tunc enim creditor, quamuis posterior ex causa onerosa, posset agere aduersus donatarium, cui possessio fuisset post obligationem quæsita, *iuxta textum in l. vltima, §. Lucius, ff. de donation. & in l. si quidem 13. C. de donat. inter.* Quod si concurrerent contra debitorem donatarius creditor anterior, cui possessio tradita non esset, & Fiscus, aut alius creditor posterior ex causa onerosa, creditor posterior vinceret, & excluderet priorem, eique præferretur, iuxta hactenus dicta.

30 Fisci verò priuilegium, & speciale ius contentum *in dict. l. 1. C. de iure fisci, libro 10.* in eo consistit, quòd cum regulariter onus probandi, rem fuisse in bonis debitoris, cum contracta est obligatio, incumbat creditori agenti ex causa onerosa aduersus possidentem rem titulo lucratiuo, at si Fiscus agat aduersus eum incumbit reo possessori ex titulo lucratiuo onus probandi, rem non fuisse in bonis debitoris, cùm Fiscus contraxit, sed ante contractum interuenisse traditionem ex titulo lucratiuo, & acquisitam esse possessionem, & rem donatam non fuisse in bonis debitoris Fisci, sed exisse extra eius patrimonium, vt Doctores communiter interpretantur, & notat vbi supra *Couarruuias, Peguera decis. 49. numero 1. Barbosa in l. 1. 2. part. numer. 18. ff. soluto matrimonio, Fuluius Constantius in d. l. 1. num. 12. C. de iure fisci, lib. 10.* atque eodem modo respondet *Paschalis*, ad difficultatem prædicti textus *d. l. 1. C. de iure fisci, de patr. potestat. 2. par. cap. 9. num. 45. vers. Vnde habita.*

31 Ad tertium argumentum ex *l. de rebus 13. C. de donat. ante nupt.* eodem modo respondendum est. Præsupponitur enim, conuentam fuisse à creditoribus donatariam, actione hypothecaria, quę conueniri non poterat, nisi possideret res donatas, iuxta tradita per *Negusantium de pig. 8. p. membro 2. ex num. 1. cum sequentib.*

32 Ad quartum eodem modo respondetur, nam in *dict. l. quæ prædium*, præsupponitur, post donationem prædij filio factam, & traditam possessionem rei donatæ, & acquisitum dominium, quòd non nisi traditione transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact.* donatricem obligasse rem donatam, quæ iam erat aliena, creditori, & deciditur, pignus non valere, vtpotè in re aliena inuito domino contractum, quia obligari non possunt, quę non sunt in bonis debitoris tempore obligationis, ideò statuitur illa lex sub

illo

illo titulo, tam alienus est ille textus a præsenti controuersia.

33 Ad quintum respondeo, *textum in dict. l. si quidem in 2. responso*, eodem modo esse explicandum, & intelligendum, vt loquatur de vxore, cui facta est donatio valida in casu licito, & tradita possessio rerum donatarum, quæsitumque earum dominium: cui iuri quæsito asserit Imperator, obligationem posteriorem non efficere. Atque ita intellectus ille textus concordat cum cæteris, & iuris principijs manifestissimis, apprimeque connectitur cum præcedenti immediato, in quo proposito est casus donationis factæ in vxorem in casu illicito, & improbato, & ibi deciditur contrarium, & ratio decidendi diuersa in vtroq; casu est manifestissima. Neque hic incurrimus vitium diuinationis, imò potius aduersarij diuinabunt, si credant, in illa specie non esse traditam donatariæ rem donatam, cum id textus non exprimat.

34 Ad coniecturam verò ex verbo, *Celebrare*, quod significet, contractum esse initum, & non perfectum, quasi diuersum sit dicere, & contractum esse celebratum, & esse perfectum, negamus hoc mysterium, neque scimus, vnde colligi potuerit. Nam consuluimus Lexicos, qui id non somniarum. *Celebrare*, apud Latinos ait *Calepinus*, est frequentare. Consonat *Iunianus Maius, & Antonius Nebrisensis*. Apud Iuristas *Caluinus, ex Brisonio. Celebrare*, est debito ritu, & solemnitate actum peragere, & perficere. Itaq; celebrare donationem est solemniter perficere donationem. Donationem autem perficere, est rem donare, non verbo, sed re, idest facta traditione rei donatæ. Ergo in illo textu donatio celebrata, est donatio ritè perfecta, & donatio perfecta, est donatio, in qua interuenit traditio, *vt in l. 1. C. de iure fisci, libro* 10. atque ita idem erit in *dict. l. siquidem*.

35 Adiungo, quoties in iure nominatur donatio, intelligendam esse semper cum traditione, nisi ex adiunctis, & subiectis constet, agi de donatione, in qua non interueniat traditio. Nam ex sua proprietate verbum *Donare*, significat rem donationis titulo tradere, & donatio ex titulo donationis traditio. Donatio enim est doni datio, *l. Senatus* 35. *§. donatio, ff. de donat. caus. mort.* Datio autem est dominii translatio, *leg. vltima, ff. de condictione ob caus.* quæ cùm regulariter, sine traditione non fiat, *dict. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* non potest dici propriè donatio, nisi vbi interuenerit traditio, promissio verò per stipulationem non dicitur donatio, sed promissio de donando, vt post *Bartolum, docuit Paulus cons.* 138. *numer.* 2. *volumine* 1. *Tiraquellus de retract. conuentionali ad finem tituli, numero* 48. *Mantica de tacitis, & ambiguis conuentionibus, libro* 13. *titulo* 1. *ex numer.* 2. Itaque vbi donum non datur, & traditur, sed solo verbo donatur, non est propriè donatio, sed abusiue. Elegans, & falsa adnotatio *Martialis lib.* 10. *Epigrammate* 16.

Si donare vocas promittere, nec dare Cai
Vincam te donis, muneribusque meis.
Accipe Gallaicis quidquid fodit Astur in aruis,
Aurea quidquid habet diuitis vnda Tagi:
Quidquid Erithrea niger inuenit Indus in alga,
Quidquid, & in nidis vnica seruat auis:
Quidquid Agenoreo Tiros improba cogit aeno,
Quidquid habent omnes accipe, quomodo das.

Et habeo tot exempla, quot loca, in quibus Iurisconsulti nominant absolutè donationem, non adiuncto aliquo, ex quo colligatur, traditionem non esse factam. In primis in *l. edibus* 9. *§. donari, ff. de donation.* ait Pomponius, donari non posse, nisi id, quod eius sit, cui donatur in *l.* 1. *ff. eod. tit.* sæpè mentio fit donationis, & subintelligitur traditio. Similiter in *l. Aristotel. § Labeo. l. hoc iure, §. Labeo, l. hæreditatem. l. donari in principio, l. donationes* 31. *l.* 3. *§. sciendum, §. sed si debitorem, leg. idem est* 4. *leg si sponsus, §. hæc res, §. secundum hæc, §. proinde, leg. quod autem* 7. *§. si vir, & vxor, §. idemque ait, leg. si eum* 9. *leg. sed interim* 11. *in principio, & §. per contrarium, leg. quod si vir* 14. *leg. vxori* 22. *leg. Papinianus* 23. *leg. si inter extraneos* 24. *leg. sed si constante* 25. *l. inter eos* 27. *l. si id, quod in principio, l. si mulier* 29. *§. si vir vxori, leg. sed si vir* 31. *§. si vir vxori, & multis alijs, ff. de donationibus inter.* Nam in his omnibus in nomine donationis subintelligenda est traditio. Solum expendo *textum in dict. leg. Papinianus* 23. vbi interpretatio Papiniani refertur ad orationem Diui Seueri, de qua in *leg. cùm hic status* 32. *§. oratio, & §. ait oratio ff. de donatio. inter*, in qua oratione solum agitur de donatione, sola donatio nominatur, & de traditione verbum nullum; vt Papinianus interpretatus est orationem Diui Seueri, vt loquetur de donationibus rerum, idest de donationibus, in quibus interuenisset traditio, non de donationibus verbalibus, scilicet promissionibus. Dicemus, ne diuinasse Papinianum? Itaque cùm simpliciter dicitur, donatio subintelligitur cum traditione, & hæc non est diuinatio. Et ita istam *l. si quidem*, interpretati sunt *ibi Accursius Bartolus, Baldus, Angelus, Salicet. & Castillo decis.* 72. *in additione, lib.* 1. qui omnes vnanimiter dicunt, sensum illius textus esse in prima parte, obligatione non impediti dominij translationem: in secunda parte, dominij translatione præcedente impediri obligationem rei.

36 Sed ponamus, *textum in d. l. siquidem*, interpretandum esse, vt eum intelligunt quidam ex aduersarijs, de donatione facta vxori, seu sponsæ per solam promissionem, & sine traditioni interuentu, tunc maritus planè maneret dominus, quousque traderet. Ergo posset eam rem obligare creditoribus posterioribus, & valeret proculdubio hypotheca, iuxta speciem *textus in l. vltima, §. Lucius, ff. de donationibus*, de quo agimus *supra ex numero* 14. & erit aperta, & ineuitabilis antinomia inter *textum in dict. leg. siquidem, & dict. § Lucius*. Quam, vt euitaremus, & conciliaremus quamuis cessarent, quæ superius considerauimus, nullum esset vitium diuinare, si credimus *Bartol. in l. ita stipulatus* 115. *numero* 28. *ff. de verbor. obligat. quem sequuntur Ripa in l.* 1. *numero* 22. *ff. de vulgar. & pupill. substit. Petra de fideicommiss. quæst.* 9. *num.* 47. *& Claudius Cantuncula in Topicis legalibus, in loco à comparatione, circa medium*, quos retuli, & sequutus sum supra *titulo* 1. *disputat.* 3. *num.* 25. *quibus addo Ludouicum Gomez in repetit. cap. ipso iure nu.* 17. *cum sequent. de rescriptis in* 6. *Hippolytum Riminaldum in repetitio. cap. de Quotuult Deo, n.* 61. *de iudicijs, qui alios allegat Barbosam in Rubric.* 1. *par. numero* 12. *ff. soluto matrimonio*, dicentes, excusari à vitio diuinationem, cùm sit ad conciliandas legum antinomias. Itaque in *d. l. siquidem* sub nomine donationis debet subintelligi traditio, quoniam ea est eius nominis vis, & quoniam aliter intelligētibus occurreret insuperabilis antinomia, & quoniam ita Interpretantibus relinquitur ille textus conformis cęteris de eadem specie agentibus, & apertis iuris principijs.

37 Ad sextum argumentum de *textu in l.* 2. *Cod. qui potiores*, ea lex est Antonini Caracallę, lata Anno 964. ab Vrbe condita, qui fuit annus à Christo nato 213. Consulibus Marco Pompeyo Aspero, & altero Aspero iuxta Fastos Consulares Antonij Contij, seu alterius, quisquis ille sit, quo tempore fideicommissatij nondum habebant hypothecam in bonis testatoris. Nam hypothecas ex le-

gatis

gatis, aut fideicommissis introduxit Iustinianus multò post *in l. 1. C. commun. de legat.* lata anno 528. à Christo natu sub Consulatu Decij, die 15. Septembris. Itaq; in specie illius textus non oriebatur ex causa lucratiua hypotheca, sed ex eo, quod cum fideicōmissarius pro fideicōmisso cauere sibi hęredem desideraret, quod facere debebat, vt in *Rubric. & l. 1. et toto tit. ff. vt legat. seu fideicommiss. seruandor. caus. caueat.* & hæres id efficere recusasset, ob eius contumaciam Prætor fideicommissarius fideicommissarium immisit in possessionem fundi hæreditarij, fideicommissi seruandi causa, seruata forma tituli, *ff. vt in possess. legator. vel fideicommiss. seruandorum caus. esse liceat.* Ex quo Prætoris decreto ortum est prætorium pignus. Prætor autem Vrbanus creditorem, qui contra eundem hæredem sententiam obtinuerat, ratione rei iudicatæ exequendæ in eiusdem fundi possessionem, tanquam pignoris iudicialis, immiserat; dubitabatur de prælatione. Respondit Imperator, priorem tempore esse iure potiorem, idque supposito eo casu, quod ex diuersis causis, & titulis fuerant immissi in possessionem pignoris prætorii, & iudicialis; nam si ex eadem causa, titulo fuissent immissi, verbi gratia, vterque ex causa fideicommissi, aut ex causa crediti, aut iudicati, vnus vlteri non præferretur, sed omnes æqualiter concurrerent, etiam si vnus vltero prior tempore fuisset immissus, *l. is, cui 5. §. qui prior, ff. vt in possess. legat.* notat *glossa in dict. l. 2. verb. Estis, Cod. qui potiores, & ad eundem locum Iacobus Cuiacius.* Itaque vtriusque pignoris ius ortum habebat à iure Prætorio; vtrumque erat contractum ob contumaciam hæredis, neque satisdantis pro fideicōmisso, neque soluentis iudicatum; nulla est hic causa lucratiua. Quia fideicomissum, in quo cōsideratur causa lucratiua, non ab hęrede, aduersus quem hic agebatur, sed à defuncto proueniens, non producebat ius pignoris, aut actionem hypothecariam, sed Prætoris decretum occasione contumaciæ hæredis. Ex quo colligitur, quantum distet ille textus à nostro casu.

38 Atque vt id manifestius constet, fingamus, verum esse sensum, quo iste textus accipitur ab aduersarijs, & inde dabimus, necessariò aduersari textum apertissimis iuris regulis, & eius decisionem non posse subsistere. Nam si fideicommissarius est creditor hæredis ex causa lucratiua, & alter ille creditor defuncti ex causa onerosa iudicati immissus in possessionem fundi hæreditarii, fieri non posset, vt præferretur fideicommissarius creditori defuncti. Nam prius sunt soluenda defuncti debita, quàm legata, aut fideicommissa, *l. scimus 22. §. sin vero creditores,* vbi notat *glossa verbo, Accomodare, Cod. de iur. deliber.* & dixi supra *titulo 2. disputatione 1. numero 26.* vbi retuli omnia loca ille ergo sensus, quo prædictæ lege vtuntur aduersarij, est planè iuris principiis repugnans, & alienus ab eius mente, atq; ideò nullus ex Doctorib. eam ita interpretatur. Deinde quamuis prædicta *l. 2. C. qui potiores,* acciperetur quomodo ab aduersariis, accipitur propositæ resolutioni non aduersaretur. Quoniam ibi non conuenitur debitoris communis, à quo vnus creditor habeat causam onerosam, alius lucratiuam: nam ab herede fideicommissarius non habet causam lucratiuam, nihil enim ab illo acipit, iuxta notata *in l. vnū ex familia 67. in prin. ff. de legat.* 2. sed à defuncto, à quo in hæredē beneficium illud deducendi æs alienum non transfertur, vt diximus *supra num.* 12. Frustra ergo illi quærimus donatoris priuilegium, vt prius eius debita ex causa onerosa soluantur, quàm debita ex causa lucratiua. Ergo ille textus quomodocunque intellectus non est ad rem.

39 Ad septimum argumentum de *lege assidius in §. vltimo, seu § hæc autem tantum,* respondendum est, in illo agi de donatione ante nuptias, quæ non est donatio simplex, sed donatio ob causam *Anton. Gomez in l. 50. Tauri num. 9. Monter. decis. 10. numer. 15. Baeza de non meliorand. ration. dot. filiabus, capit. 21. num. 19. & Matienzus in leg. 1. titul. 6. libro 5. Recopilation. glossa 8. numer. 4. Angelus, ibi gloss. 10. num. 58. Azeuedus in eadem leg. 1. num. 40. idem Angelus in l. 7. dict. tit. 6. gloss. 1. num. 49. & 50. Scribentes in l. 17. Tauri, vbi Ioannes Lupus ex numer. 38. Anton. Gomez numer. 17. versicul. Item nota, Velazquez in leg. 44. Tauri gloss. 16. num. 7. & 8. Vazquez opuscul. de testamentis, capit. 7. §. 5. dub. 6. numer. 144. Fabius de Anna cons. 78. numero 2. & 3. lib. 1. Ludouisius decis. 563. numer. 5. Cancer variar. resolutione parte 1. cap. 8. num. 61. Fontanel. de pact. nuptial. tom. 1. clausul. 4. gloss. 1. ex numero 14. Valascus consultat. 2. ex num. 5. Gratian. disceptatio. forens. tom. 5. cap. 824. ex numero 22. Marius Cutellus, qui latè tractat. de donationibus inter parentes, & filios, tractationis 1. discursu 1. particula vnica, ex num. 4. & discursu 2. particula 15. ex numero 5. latissimè Molinus de Ritu nuptiarum, libr. 3. section. 1. quæst. 1. ex num. 170.* Donatio autem ob causam non habet priuilegia simplicis donationis, *Franchis decisione 428. ex num. 2. & decis. 632. numer. 1.* & in particulari non habet hoc, vt donator conueniendus sit in quantum facere possit, vt plurimis adductis asserit *Tiraquellus in l. si vnquam, verb. Donatione largitus, num. 58. et numer. 144. C. de reuocat. donatio.* ex quo priuilegio consequitur ordo prioritatis inter causam lucratiuam, & onerosam. Quare mirum non est, si Imperator agens de credito donationis ob causam, dicat, habere inter creditores sui temporis ordinem, nos loquuti sumus de credito donationis simplicis, quod dicimus cedere credito ex causa onerosa

40 Hæc de hoc articulo in casu occurrenti, illo eodem, de quo egimus supra *disputatione* 23. scripseramus, & scripta dedimus Scipioni Rouito, qui in illa causa futurus erat iudex, multò antequam ipse suas decisiones excussisset, nè quis existimet, me ab illo mutuasse quæ hic dixi, si fortè aliquatenus cum illius scriptis conueniant.

SVMMA DISPVTATIONIS. Trigesimaprima.

1 *Quoties agitur de ordine inter creditores præsupponitur debitor non esse soluendo, alioqui si debitor est idoneus, superfluè ageretur de ordine.*

2 *Plures creditores ex deposito, & si tempore inæquales, concurrunt pariter contra debitorem, & simul admittuntur, vt exigant pro rata sua credita.*

In creditoribus chirographarij, non inspicitur ordo temporis, ibidem.

Creditores ex deposito sunt creditores personales ib.

3 *Id etiam procedit in deponentibus pecuniam apud Bancum publicum.*

2 *Creditores ex deposito regulari extante re deposita præferuntur creditoribus ex alijs causis.*

5 *Depositum est duplex, regulare, aut irregulare.*

Depositum regulare habet multa priuilegia, remissiuè ib.

6 *Depositum irregulare quid sit, & consistit in rebus quæ in genere suo functionem recipiunt.*

Deposita irregularia sunt, quæ fiunt in Banchis publicis, ibidem.

7 *Depositans est dominus rei depositę, & sic præfertur omnibus creditoribus, si extat res deposita.*

8 *Cre-*

8 *Creditores ex deposito irregulari præferuntur alijs creditoribus chirographarijs, cedunt tamen creditoribus hypothecarijs.*

9 *Ex deposito non extante re deposita habet deponens solum actionem personalem.*

Actio hypothecaria semper præfertur in concursu personali, ibid.

10 *Creditores ex deposito regulari, quando non extat res deposita præferuntur in bonis depositarij creditoribus personalibus, etiam priuilegiatis.*

11 *Deponens præfertur quibusdam creditoribus priuilegiatis, alijs non.*

12 *Conciliantur duo* textus, Vlpiani in l. si hominem, §. quoties, ff. depositi, & in l. si ventri, §. in bonis, ff. de priuil. cred. *qui videntur contrarij.*

13 *Priuilegium funerariæ actionis, et priuilegium dotis, et priuilegium eius, qui in refectionem rei credit, et priuilegium Fisci præferuntur deposito.*

14 *Alia concordia* Cumani.

15 *Alia concordia* Iulii Pacii.

16 *Deponens, qui recipit vsuras ex deposito non gaudet priuilegio prælationis.*

DISPVTATIO *XXXI.*

Vtrum creditores ex deposito præferantur inter se ex antiquitate temporis: & quo nam modo illis in concursu aliorum creditorum sit satisfaciendum?

1 QVoties quærimus ordinem inter creditores, agimus de debitore decocto, & effecto non soluendo. Etenim si debitor sit idoneus, & habeat bona, ex quibus suis creditoribus omnibus satisfacere possit, superuacuum est de ordine disputare nam siue prius, siue posterius creditor ad exigendum accedat, debitor omnib. potest satisfacere, quare nullius interesse versatur in eo, quod prius vni, quam alteri soluatur. Igitur depositario decocto quærimus de ordine inter creditores ex deposito, tàm inter se, quam respectu creditorũ ex aliis causis. Et planè disputationi satisfiat, constituendi sunt duo casus.

2 Primus casus est, cùm deponentes contendunt cum depositario, non cum creditoribus ex aliis causis. In quo sit prima conclusio, creditores ex deposito pecuniæ, etiam si diuersis temporibus deposuerint pecunias suas apud depositariorum, & sic credita sint alia aliis antiquiora, non habent inæqualitatem in exigendo, sed omnes pariter concurrunt, & simul admittuntur, vt exigant pro rata portione, sibi debita ex bonis depositarii decocti. Probatur ex *textu in leg. si hominem 7. §. quoties, et §. item quæritur, & leg. duod priuilegium 8. ff. depositi,* & ibidem notant *Bart. Bald. Fulgos. & Paul. Castrens. Benuenutus Stracca de decoctoribus, 3. part. vltima patris. Postquam duce Baldo numero 4. Molina de iustitia, tractatu 2. tomo 2. disputatione 526. numero 6. circa finem, Thuscus litera C. conclusion. 1058. numer. 11. Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus libro 10. titulo 10. numero 38. Carrocius de deposito, 2. parte quæstione 47. numero 15. Cassaneus in Cathalogo gloriæ mundi 12. parte consideratione 99. limitatione 13. Castillo quotidian. controuers. libro 3. cap. 16. numero 78. et 79.* vbi more solito omnia miscet, & confundit, & omnia loquitur. Ratio huius conclusionis est, quia in creditoribus personalibus, seu chirographariis, nõ inspicitur ordo temporis, & ex tempore vnus non præfertur alteri, secluso priuilegio, de omnes pariter concurrunt, vt ex bonis debitoris pro rata sibi satisfiat, *leg. procuratoris, 5. §. si plures, et §. planè ff. de tribut. act. l. pro debito 6. C. de bon. author. iud. possiden. l. 11. tit. 14. part. 5. Baldus in dict. leg. pro debito, num. 1. Benuentus Stracca vbi supr. num. 16. Salicetus in l. superuacuum 12. numer. 5. C. depositi, Matienzus in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recop. glossa 5. num. 15. Flores de Mena, var. quæst. libr. 1. quæst. 6. artic. 1. ex numer. 2. Molina vbi supr. disputat. 536. num. 41. et disp. 565. num. 8. Asinius de executionibus, §. 7. cap. 45. et 46. Castillo quotid. controuers. lib. 3. d. cap. 16. numer. 77.* At creditores ex deposito sunt creditores personales, seu chirographarii, vt rectè notat *Peguera decisione 38. num.* 10. & pariter priuilegiati, quia omnes sunt creditores ex deposito. Succedit igitur communis, & nota regula, vt priuilegiatis aduersus pariter priuilegiatum, nõ vtatur priuilegio suo, sed conquassentur priuilegia, *l. verum 11. §. item quæritur, ff. de minor, cap. auditis 3. in fine, de in integrum restitution. Azeued. in l. 10. nu. 15. 17. et 18. tit. 3. libro 5. Rec. Cephalus cons. 7. n. 3. 12. 17. lib. 1. Surd cons. 335. nu. 70. lib. 3. Alexand. Trentacinq. variar. resolut. lib. 1. tit. de rescriptis, et priuilegijs, resolut. 1. ex num. 1. et resolut. 2.* Ego dixi post multos supra *tit. 1. disput. 2. quæst. 6. sectio. 7. num. 633.* Ita fit, vt plures deponentes pares sint quoad exactionem, etiam si vnus prior altero deposuerit, cùm agunt aduersus depositarium, *l. priuileg. 16. ff. de priuil. cred.*

3 Amplia prædictam conclusionem, vt procedat etiam in deponentibus pecuniam apud Bancum publicum: nam inter eos non consideratur prioritas ex tempore, sed Bãco decocto omnes creditores ex deposito pariter concurrunt. Hanc tradit *Paulus Castrens. consilio 285. visis, et ponderatis, volum. 1. Thusc. liter C. conclus. 1058. num. 11. Gutierrez lib. 3. practic. quæst. 101. num.* 15. Ratio est eadem, quæ conclusionis.

4 Secundus casus est, cùm multi creditores concurrunt aduersus patrimonium vnius, & eiusdem debitoris communis, & quidam sunt creditores ex causa depositi, alii vero ex aliis causis, & dubitatur de prælatione. In quo sit secunda conclusio, creditores ex deposito regulari, si extat res, vel pecunia deposita, præferuntur vniuersis creditoribus, non solum personalibus, quantumuis priuilegiatis; sed etiam omnibus hypothecariis, etiam anterioribus.

5 Pro cuius conclusionis explicatione oportet adnotare, depositum esse duplex, aliud regulare, aliud irregulare. Depositum regulare est, cùm ita deponitur res, aut pecunia apud deponentem, vt illa eademmet res, seu pecunia reddatur à depositario, & ita vt depositarius ea vti non possit, sed teneat apud se custodię causa, & deponẽti cum voluerit restituat, vt in *l. 1. §. is quoque, ff. de action. & obligat. §. prætereà, institut. quibus mod. re contra obligation.* Exemplum erit, si pecunia in sacculo clausa, & signata deponeretur, vt in *l. 1. §. si pecunia, & in l. si sacculum 29. ff. depositi, & in l. acceptam 19. C. de vsuris,* tunc enim dominium non transit in depositarium, sed manet pœnes deponentem *l. licet 16. §. rei depositæ, ff. depositi,* & eandem ipsam rem commendatam tenetur restituere depositarius, *dicto §. is quoque, & d. §. prætereà, & leg. Lucius 24. ff. depositi,* neque depositarius re vti potest, alioqui furtum

omitti, *dict. l. si sacculum 29. in principio, ff. depositi, leg. si depositi 3. Cod. depositi*. Hoc autem depositum regulare habet multa priuilegia, de quibus agunt Doctores *in l. 2. in principio. ff. si certum petatur*, quos inferius referemus, *& Ripa in l. si ventri 8. §. in bonis numero 3. ff. de priuileg. cred. Matesilanus singulari 5. Barbosa in l. diuortio 8. §. ob donationes, ex numer. 5. & in l. si mora 10. num. 83. ff. soluto matrimonio, Mantica de tacit. & ambig. convent. libr. 10. tit. 10. Thesaur. lit. D. conclus. 200. Cuiacius in expositione nouella 88. ad medium, Meirer de pignorib. lib. 2. tit. 8. Rodriquez de concursu credit. 1. par. artic. 6. aliquid Cenallos de cognitione per viam violentia, 2. par. quaest. 1. ex nu. 39.*

6 Depositum irregulare est, cum ita deponitur pecunia, vel alia res, quae functionem in suo genere recipiat (quam hoc depositum contingit in rebus, quae consistunt in numero pondere, vel mensura, & functionem in suo genere recipiunt) deponitur, inquam, numerata, non clausa, aut obsignata, neque vt eadem met in numero, quae deponitur, restituatur, sed vt restituatur tantumdem, vel expresse concessa depositario licentia vtendi, *vt in dict. l. si sacculi, §. 1.* vel tacitè, *vt in l. publia Meuia, 26. §. Lucius Titius, ff. depositi*, facta numeratione, sine obligatione, aut clausura, vt depositarius tantundem restituat. Et tunc pecunia transit in dominium depositarij, *vt in leg. Lucius 24. in leg. die sponsaliorum 25. §. qui pecuniam, ff. depositi l. in naue saufeli 34. ff. locati*. Egrediturque res illa depositi notissimos terminos. Notant Doctores in praedictis locis, & vltra illos paulò ante allegati, *& Peguera decision. 38. ex numer. 1. Salernitanus decis. 60. ex num. 2. Ponte cons. 56. ex numer. 1. Hondedeus consilio 43. numero 12. cum sequentibus, volumine 2. Pichard. in principio instit. quibus mod. re contrahi obligat. ex numero 69. Carrocius de deposito 1. part. quaest. 2. numero 21. & 2. par. quaest. 47. num. 15. Castillo quotid. controuers. libr. 3. d. cap. 16. ex nu. 24. & 38.* & est communissima distinctio. Huiusmodi deposita irregularia esse omnia, quae iuxta nostros mores fiunt apud Bancos, quae hodie reperiuntur, notat *Peguera d. decis. 38. numer. 7. Ponte d. consil. 56. num. 1. & 2. Castillo d. cap. 16. numer. 42.*

7 Igitur diximus, creditorem ex deposito regulari, si extet res, vel pecunia deposita, praeferri omnibus vniuersim creditoribus depositarij, siue chirographarij priuilegiati sint, siue hypothecarij, & anteriores. Conclusionem probat *text. in leg. si ventri 8. §. in bonis. versic. Si tamen nummi extent, ff. de priuileg. credit. & in l. si is, qui depositam 8. C. depositi, l. 9. titulo 3. par. 5. vbi Gregor. gloss. 11. Baldus in leg. pro debito 6. num. 1. C. de bon. author. iud. possid. Salicetus in leg. superuacuam, Vltim. numer. 5. C. depositi, Petrus de Vbaldis tractat. de duobus fratribus, part. 8. quaest. 31. nu. 32. tom. 6. tract. par. 1. Carroc. de deposito par. 2. quaest. 47. nu. 3. Meirer de pign. lib. 2. tit. 8. num. 2. Molina de iustitia tractat. 2. tom. 2. disput. 526. num. 6. & disput. 536. num. 29. Castillo d. cap. 16. numer. 75. Rodriguez de concursu credit. 1. par. art. 6. nu. 50. Pichard. in commentar. l. priuilegia nu. 44. ff. de priuil. credit. inserto in §. quadam actiones 20. instit. de action.* Ratio est, quia deponens est dominus *d. l. licet 17. §. rei depositae, ff. depositi*, & agit non solum actione depositi, sed etiam rei vendicatione, *d. §. si tamen nummi, & d. l. si is, qui depositam*, quae est ante omnia priuilegia, & supra omnes actiones personales, & hypothecarias vt post plurimos, quos allegaui, dixi supra *hoc titulo disp. 8. nu. 59.*

8 Tertia conclusio, creditores ex deposito irregulari praeferuntur aliis creditoribus chirographariis eiusdem debitoris, etiam priuilegiatis, cedunt tamen creditoribus hypothecarijs; & ab eis vincuntur, habentque inter eos secundum locum. Haec conclusio, quoad primam partem probatur ex *text. in dict. leg. si hominem 7. §. quoties. ff. depositi*. ibi; *Quoties foro cedunt numularij solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui deposita pecunias habuerunt, & caet. & ante priuilegia, igitur si bona venierint, depositariorum ratio habetur.* Pondera verbum, *primo loco*, & verbum. *ante priuilegia*, quae planè denotant, creditores ex deposito habere primum locum, etiam ante priuilegiatos creditores depositarij, seu eius, qui accepit pecuniam depositam, nam Vlpianus inuersè loquitur, cum deponentem vocat depositarium. Ita sentiunt communiter Doctores, quos statim referemus, & notant in specie *Cuiacius in expositione nouella 88. ad medium, Renard. lib. 1. variarum, cap. 15. Carrocius de deposito, 2. par. q. 47. nu. 13.* Ratio est quia actio depositi est priuilegiata *vt in d. §. quoties, & in leg. quod priuilegium 8. ff. depositi*. At ex deposito irregulari datur actio depositi, ergo ratione huius priuilegij deponens erit praeferendus caeteris creditoribus chirographarii depositarij etiam priuilegiatis, quia deponentium primus debet esse locus, etiam ante priuilegia, *vt in d. §. quoties*. Minor probatur, quia quamuis depositum irregulare egrediatur depositi notissimos terminos, non conuertitur in alium, contractum, neque omnino fit mutuum, cui assimilatur, sed retinet naturam depositi, & consequenter eius priuilegia, vt pluribus prosequuntur *Doctores in l. 2. in principio ff. si certum petat. vbi Paulus nu. 4. Alexan. n. 3. & 6. Iason. num. 5. Ripa numer. 6. & 7. Alciatus num. 19. Corrasius ex num. 3. idem Ripa in leg. si ventri, §. in bonis, numer. 12. & ibidem Zasius num. 2. ff. de priuil. cred. Baldus in l. pro debito 6. num. 1. C. de bon. author. iud. possid. & in l. superuacuam 12. numero 8. & ibi Salicetus num. 5. C. depositi, Beneuenutus Stracca de decoctoribus 3. par. vltima, num. 3. Conanus libr. 7. commentarior. iur. ciuil. cap. 4. numero 4. Costa in leg. si ex cautione, §. secundo fallit, ex num. 4. C. de non numer. pecunia, Molina de iustitia, tractat. 2. tom. 2. disput. 523. num. 2. & 3. et disputat. 536. num. 25. Barbosa in l. si cum dotem 23. §. fin. num. 33. ff. soluto matrim. Afflictus tract. d. executionib. §. 7. cap. 49. Castillo lib. 3. quotid. controuersiar. cap. 16. ex num. 64. Pichard. principio, institut. quib. mod. re contrahit. obligat. ex numero 69. ex num. 79. Rodrig. de concursu creditor. 1. par. d. artic. 6. ex nu. 39. et 40. et n. 49. cum sequent.* Isti omnes concedunt deposito irregulari actionem depositi.

9 Quoad secundam verò partem, videlicet deponentem cedere omnibus creditoribus hypothecariis, probatur eadem conclusio, quoniam ex deposito non extante res deposita solum habet creditor actionem personalem, vt considerat *Bald. in l. pro debito 6. numer. 1. C. de bon. author. iud. possid. et Salicetus in l. vltima num. 5. C. depositi*. Actio autem personalis vincitur ab hypothecaria, in concursu enim semper praefertur hypothecaria, *d. l. pro debito, l. eos 9. C. potiores, l. 9. titulo 3. parte 5.* quae loquitur in specie de deposito, Ita notarunt *Bald. Salicet. et Ripa, vbi supra, Peguera d. dec. 38. num. 8. cum sequentib. Carrocius de deposito, 2. par. quaest. 47. num. 12. Stracca de decoctoribus, 3. par. vltima, num. 3. Castillo d. cap. 16. num. 70.*

10 Amplia praedictam tertiam conclusionem, vt procedat etiam in creditoribus ex deposito regulari, quando non extat res, vel pecunia deposita, videlicet, vt debeant praeferri in bonis depositarii creditoribus personalibus, etiam priuilegiatis. Hanc ampliationem probat apertè si recte expendantur *dict. l. si hominem, §. quoties, et dict. l. quod priuilegium 8. ff. depositi*, in quorum textuum specie non extabat res, aut pecunia deposita, & sic non poterat agi rei vendicatione, & cum omnimoda

prae-

prælatione, sed agebatur actione depositi similis actioni, quæ prouenit ex deposito irregulari, vt tantundem redderetur ex pretio bonorum depositarii venditorum, idq; notauit *Rodriguez de concursu creditorum, 1. parte d. art. 6. numer. 46. & 53.*

11 Limita primo prædictam tertiam conclusionem, & limitationem eius, vt deponens preferatur quibusdam creditoribus personalibus priuilegiaris, non tamẽ omnibus, quia quibusdam cedit, & ab eorum priuilegijs vincitur, quamuis quosdam alios vincat. Hanc limitationem probat *textus in l. si ventri 8. §. in bonis, ff. de priuil. cred.* ibi; *In bonis mẽsularij vendendis post priuilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam sequuti deposuerunt*, vbi verbum *post priuilegia* significat, deponentes habere secundum locum post priuilegiarios creditores, vt rectè expendit *Rodriguez d. art. 6. num. 44. & 45.*

12 Cui textui videtur directò contrarius alius eiusdem Vlpiani *in dict. l. si hominem, §. quoties*, vbi dicitur deponentem ex bonis depositarij venditis satisfaciendum esse ante priuilegia, & sic primo loco. Conciliandi autem sunt duo isti textus, vt duæ illæ propositiones, deponens satisfaciendus est ante priuilegia, deponens satisfaciendus est post priuilegia, non sint accipiendæ vniuersaliter, quomodo acceptæ repugnarent secum, videlicet si significarent, deponentem satisfaciendum esse ante omnia priuilegia, & satisfaciendum esse post omnia priuilegia, & non possent esse simul veræ, sed vna propositio destrueret aliam, haberetque cum illa oppositionem, quã Dialectici vocant contrariam; sed accipiendæ sunt illæ propositiones indefinite; quomodo inter eas versatur ea oppositio, quam vocãt Dialectici subcontrariam, & possunt esse ambæ simul veræ, quemadmodum duę istę verę sunt, homo est albus, homo non est albus, quia quidam homines sunt albi, quidam non sunt albi. Ita similiter deponens est ante priuilegia, quia quibusdam priuilegijs præfertur, & est post priuilegia, quia quibusdam priuilegijs postponitur.

13 Sed quæ nam erunt priuilegia priora deposito, quæ posteriora? Respondet *Accursius* in Glossis inferius referendis, priuilegia, quæ præferuntur deposito, esse priuilegium funerariæ actionis *leg. impensa 45. ff. de Religios. & sumptib. funer.* priuilegium dotis *l. vltima, Cod. qui potiores*, & priuilegium eius, qui in refectionem rei credit, *l. interdum 5. ff. qui potiores*, idẽ videtur dicendum de priuilegio Reipublicæ, quæ præfertur omnibus creditoribus chirographarijs, *leg. bonis 22. §. Respublica, ff. de priuileg. credit. l. 9. titulo 3. part. 5.* adiungit priuilegium Fisci, quod etiam præfertur deposito *leg. si cùm pecuniam 3. Cod. de priuileg. Fisci, & notat Gregorius ibi glossa 8. & 9.* cæteris verò creditoribus chirographariis, etiam priuilegiatis præfertur creditor ex deposito. Hanc concordiam docuit *Accursius in dict. § in bonis, verbo, Post priuilegia, & in dict. §. quoties, verbo, Depositariorum ratio habebitur. Sequuntur Ripa in dicto § in bonis, numero 11. & 12. Barbosa in dict. l. si cùm dotem 23. § final. numer. 34. ff. solut. matrim. Castill. d. cap. 16. num. 55. Stracca de decoctoribus 3. par. vltim. num. 3. Pichard. in d. commentario d. priuilegia num. 42. ff. de priuil. cred. Rodrig. de concursu creditor. d. artic. 6. numer.* 48. quam etiam videtur approbare *d. l. 9. tit. 3. par. 5.* Qui sint autem creditores priuilegiati, recenset, *Asinius tract. de executionibus, §. 7. c. 68. & Vitalis de Cambano in tract. clausularum, clausula, & specialiter obligauit, numero 2. & 3. Petrus Vanderanus tractat. de priuilegijs creditorum ex cap. 3.*

14 Aliam concordiam tradunt *in dicto § in bonis Cumanus numer. 1. & 2. Zasius numero 2. vt textus in dict. §. quoties, cùm dicit, ante priuilegia*, exponatur personalia, in d. verò *§. in bonis*, cum dicitur, post priuilegia, exponatur realia. Videlicet, vt Vlpianus velit, deponentem esse præferendum omnibus creditoribus personalibus, seu chirographarijs depositarij, & esse postponendum omnibus creditoribus realibus, seu hypothecarijs, vt diximus *sup. nu. 9.* Sed contra hanc concordiam difficultatem faciunt *d. l. impensa, ff. de Religios. et sumpt. funer. & d. l. bonis, § Respublica, ff. de priuileg. credit.* nisi dicatur in specie prędictorum textuum, dari tacitam hypothecam creditoribus.

15 Aliam concordiam affert *Iulius Pacius, legum conciliatarum, cent. 4. quæst. 79.* vt deponens cùm agit rei vendicatione præferatur omnibus creditoribus personalibus, & ita intelligatur *d. § quoties*, cùm verò agit actione personali ex deposito, postponatur omnibus creditorib. personalibus priuilegiaris, & ita exponatur *d. §. in bonis*, cui concordię videtur assentiri *Asinius tract. de executionibus, §. 7. cap. 58.* Sed hæc concordia displicet, & est contra textum, quasi expressum *in l. quod priuilegium 8. ff. depositi*, vbi depositans, seu deponens habet priuilegium ex actione depositi sint rei vendicatione.

16 Limita secundò dictam tertiam conclusionem, vt deponẽs non preferatur alijs creditoribus personalibus, neque gaudeat priuilegio prelationis depositi, si recipit vsuras à depositario, per hanc enim vsurarum exactionem videtur renunciare priuilegio depositi, Hanc limitationem probat *textus in d. l. si hominem, §. quoties versic. Dummodo eorum, ff. depositi, & notant Bartol. & Baldus ibi, idem Baldus in l. pro debito 6. num. 1. C. de bon. author. iudic. possid. & in leg. vltim. num. 9. Salicet. num. 5. C. depositi, Ripa in dict. l. si ventri 8. §. in bonis, num. 3. & 4. Cuman. num. 1. & 2. Zasius num. 1. ff. de priuil. credit. Stracca de decoctorib. 3. part. vltima, postquam duce Bald. numer. 3. Ponte consil. 56. num. 12 & 13. vol. 1. Asinius de executionib. §. 7. cap. 68. Cassaneus in Cathologo gloriæ mundi 12. par. considerat. 90. limit. 13. Mantica de tacit. & ambig. conuention. libr. 10. titulo 10. numer. 38. Merer de pignor. lib. 2. tit. 8. numer. 17. Carroc. de deposito par. 2. quæst. 47. ex nu. 5. (Camillus de Medicis cons. 26. ex num. 1. & cons. 27. ex num. 6.) Thusc. lit. D. conclus. 300. ex num. 4. Rodrig. de concursu creditor. 1. part. d. artic. 6. num. 52.* & plurea pro eadem conclusione retuli *supra, eodem tit. disput. 28. num. 28. & 29.* Quam tamen limitationem sublimitat *Castill. d. lib. 3. cap. 16. num. 67.* in deposito pupilli, & illum sequutus *Cyuall. de cognitione per viam violentiæ, 2. par. quæst. 1. num. 34.* vbi idem dicit esse intelligendum de alijs personis, quæ non habet liberam administrationem in pecunia deposita, iuxta textum *in l. qui nominibus 45. § fin. ff. de administ. tut.* Atque ex his habes, quomodo sit satisfaciendum deponentibus pecunias, siue soli, siue cum alijs creditoribus concurrant, aduersus bona depositarij, decocti.

SVMMA DISPVTATIONIS
Trigesimasecunda.

1 *Creditor ex causa expensarum factarum in beneficium bonorum debitoris præferendus est cæteris creditoribus.*

2 *Fructus non dicuntur, nisi deductis expensis, & patrimonium non dicitur, nisi quod superest, deductis sumptibus necessarijs.*

3 *Fiscus præfertur creditoribus delinquentis pro expensis factis pro recuperatione, detectione, & recollectione bonorum illius.*

4 *Salaria exactorum, & Aduocatorum pro vincenda lite, & exigendis debitis, ex quibus creditoribus satisfiat, soluuntur ex bonis debitoris cum prælatione.*

DISPVTATIO XXXII.

Vtrum creditores ex causa expensarum factarum in bonis debitoris præferantur cæteris?

1 BReuiter respondendum est, creditorem ex causa sumptuum, seu expensarum, quæ factę sunt in beneficium bonorum debitoris, siue ad eorum conseruationem, siue exactionem, & recollectionem fructuum, esse præferendum cæteris creditoribus: & istas expensas esse prius, & ante omnia deducendas, & eo deducto, quod superest, & non amplius censendum est debitoris patrimonium, ex quo eius debita sint soluenda. Probatur ex *textu in l. quod priuilegium 8. in fine, versiculo, Plane sumptus causa, ff. depositi, notat glossa ibi verb. Sumptus causa, Bartol. in l. quantitas 72. numero 1. ff. ad leg. Falcid. Paulus in l. sed si hoc 61. §. quidam non solidum, num. 1. 2. & 3. ff. de conditione & demonstrat. Iason in l. 1. cùm quadam puella 19. §. quoties, ex num. 6. ff. de iurisdict. omnium iudic. & in l. non amplius 26. ex num. 3. ff. de leg. 1. Auendan. de exequend. mandat. 1. par. cap. 17. num. 11. Antonius Faber lib. 8. Codicis, tit. 8. diffinitione 7.*

2 Secundò deinde, quia quemadmodum fructus non dicuntur, nisi qui deductis expensis supersunt, *l. si à patre, vel domino 36. §. fructus, ff. de petition. heredit. l. fundus, qui 51. in principio, ff. famil. ercifcund. leg. quod in fructus 46. ff. de vsuris, leg. fructus 7. in principio, ff. soluto matrim.* & nullus casus interuenire potest, quæ hoc genus deductionis impediat. *d. l. fundus, qui. Notant Bald. in l. 1. ex numero 1. Cod. de fruct. & litium expens. Tiraquel. de retract. lignag. §. 15. glossa 1. ex numero 1. Marescot. variarum resolut. libr. 2. cap. 108. ex numer. 1.* & faciunt per me allegata supra, *eodem titulo disputat. 29. num. 16.* ita neque potest videri patrimonium debitoris, nisi quod superest, detractis sumptibus necessarijs ad conseruandam rem familiarem, colligendos, & exigendos fructus. Istę enim expensę ipso iure minuunt patrimonium, sicut expensę necessarię factę in rebus dotalibus minuunt dotem *leg. quod dicitur 5. & ibi Bar. & in l. quod dicitur 15. ff. de impensis in rebus dotal. fact. Afflictis decis. 359. nu. 2.* Ego expendi supra *dicta disp. 29. nu. 9.*

3 Hinc oritur, vt Fiscus sit præferendus creditoribus delinquentis pro expensis factis pro recuperatione, inuentione, & detectione, recollectione que bonorum eius, quæ cedunt in vtilitatem creditorum, vt dixi *supra, tit. 2. disput. 1. num. 31.*

4 Secundò inde etiam fit, vt salaria Exactorum, imò & Aduocatorum pro vincenda lite, & exigendis debitis, & quibus creditores commodum, & vtilitatem consequuntur, sint soluenda ex bonis debitoris primo loco, & cum prælatione comparatione omnium aliorum creditorum ex eadem æquitate. *l. interdum 5. ff. qui potiores in pign. habeant.* quam expendimus *d. disput. 29. num. 5.* quoniam prædictorum labor, & òpera non solum saluam fecerunt patrimonij causam ex quo creditores satisfaciēdi sunt, sed etiam ipsum patrimonium acquisierunt, & comparar͂ut, quod cōsiderauit *Ant. Fab. d. definitio 7.* & ideò rectè *Rebuff. tom. 1. in Const. Regi. tractat. de literis obligator. artic. 12. glossa vnica, numer. 8. in fin.* ait, cùm pretium bonorum debitoris venditorum traditur creditori, deducendas esse expensas licitationis gratia factas, consentit *Gratian.* qui plura adiungit *tom. 2. disceptat. forens. c. 255. ex num. 27. & cap. 343. ex numer. 1.*

SVMMA DISPVTATIONIS Trigesimætertiæ.

1 *Proponitur casus.*
2 *Creditores ex reditibus prioris anni præfertur creditori ex reditibus posterioris anni.*
3 *Reditus prioris anni prius cadunt sub hypotheca, quam reditus posterioris anni.*
4 *Non est attendenda antiquas cessionis ad concedendam prælationem creditori redituum prioris anni.*
5 *Quando eadem actio possit duobus cedi, & quis cessionarius sit præferendus, remissiuè.*
6 *Et quid si vnum debitum quantitatiuum cedatur duobus pro parte, remissiuè.*

DISPVTATIO XXXIII.

Vtrum creditor ex reditibus annui introitus prioris anni præferatur creditori ex reditibus posterioris anni?

1 SÆpissimè contingere potest, vt ex vno, & eodem contractu census, seu annui introitus, constituantur diuersi creditores, respectu vnius, & eiusdem debitoris obligati. Etenim si creditor, & dominus census cedat alicui tertia, seu fructus prioris anni, & alteri tertias posterioris anni, duo isti cessionarij remanebunt creditores debitoris census. Item si census in dotem datus restituatur viduæ post mortem viri, qui esset creditor tertiarum illius anni, quo defunctus fuit; postea autem viduę debentur tertiæ anni viduitatis, remanebunt creditores hæredes mariti pro reditib. anni prioris, atq; vidua erit creditrix redituū posterioris anni. Igitur quoties iste casus cōtingat, dubium erit, quo ordine solui debeat, istis duobus creditoribus ex bonis debitoris non idonei, & quis eorum sit præferendus.

2 Sit conclusio, creditor redituum prioris anni est præferendus creditori redituum posterioris anni. Hanc conclusionem efficaciter probat *textus in leg. insulam 14. ff. qui potiores in pignor. habeant.* qui loquitur in casu pensionis domorum pro primo, & pro secundo, vbi notant *Bartolus Bald. Albericus, Angel. Salicet. Fulgos. Franciſc. Connanus commentarior. iuris ciuilis, lib. 4. cap. 17. numer. 5. Gabriel Mudeus de pignoribus titulo quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur, numero 74. & 75. & Felicianus de censibus, tomo 2. libro 3. capit. 5. ex num. 2. Costa de portione rata, quæst. 8. num. 6. probant item textus in l. ex pluribus 89. §. vltimo, & in leg. creditor oblatam, §. Valerius, ff. de solution.* 4

3 Rationem reddunt Doctores accomodatam speciei illius textus desumptam ex interpretatione verborum contractus ibidem celebrati, quasi hæc sententia colligatur, *ordo datus in principali debito intelligitur datus in accessorio.* Quæ ratio parum faceret ad prædictam

ctam conclusionem. Quidquid sit, ego existimo, veram rationem esse decidendi in illo textu, & cæteris, & in nostra conclusione, quòd cum debitum, de quo in illo textu pensionis domorum, & de quo in prædicta conclusione tertiarum, seu redituum, sit hypothecarium, tunc cadit sub hypotheca, cùm incipit deberi, & esse maturum, seu, vt more nostro loquar, cùm cedit dies prædicti debiti. Sed debitum prioris anni prius cedit, quàm debitum secundi anni, seu prius maturantur tertiæ, seu pensiones prioris anni, quàm sequentis. Ergo prius subijcitur hypotheca tertijs, seu pensionibus anni prioris, quam anni sequentis, & ex consequenti succedit regula, vt qui prior sit tempore, potior sit iure. *l. 2. l. si fundum 4. l. diuersis 8. C. qui potiores*, cum similibus, & sic præferendus erit creditor tertiarum, seu pēsionum prioris anni, tanquam prior in hypotheca, quàm creditor pensionum anni posterioris, qui est etiam posterior in hypotheca. Quam rationem, cùm sit clara, & concludens, nullus Doctorum clarè tradidit, quamuis sit magis congruens titulo, sub quo constituitur *d. l. insulam*, quàm illa communiter à Doctoribus reddita.

4 Ex qua etiam colligitur, non esse attendendam antiquitatem cessionis in nostro casu ad concedendam prælationem creditori redituū prioris anni, nā etiam si cessio redituū posterioris anni sit tēpore prior, semper cessionarius redituum prioris anni erit in concursu præferendus cessionario redituū anni posterioris. Etenim ad prioritatem in hypotheca, non inspicitur tempus cessionis, sed tempus contracti debiti sub hypotheca.

5 Quando vero eadem actio, seu ius possit duobus cedi, & quis ex diuersis cessionarijs vnius, & eiusdem actionis sit præferendus factis cessionibus duobus, & diuersis temporibus, tractant Doctores. De qua difficultate videndus est *textus in l. non quocunque 84. §. qui Caium, & ibi Bartol. ff. de leg. 1. Franchis decis. 75. & eius additiones Caccheranus decis. 63. Ioannes de Grassis tract. de cessione iuris, & actionum, §. 4. numero 7. Felicianus d. tomo 2. de censibus, lib. 3. cap. 5. numer. 1.* & dic, esse præferendum priorem cessionarium.

6 Quid verò sit dicendum, si vnum debitum quantitatiuum cedatur pro parte duobus? Responde duos istos creditores ex vna causa concurrere debere pro rata in bonis debitoris non idonei. Sic resoluit *Felicianus d. cap. 5. num. 2. & Franchis decis. 260.*

SVMMA DISPVTATIONIS Trigesimaquarta.

DISPVTATIO XXXIV.

Vtrum Fiscus, qui contraxit cum debitore, cuius bona etiam futura erant, iam priori creditori obligata, præferatur anteriori creditori in bonis post contractum, cum eodem Fisco acquisitis à debitore communi?

1 Quoties debitor obligat primò creditori omnia sua bona, quæ habet, quæque habiturus est, & post similiter obligat secundò creditori omnia bona sua præsētia, & futura: primus creditor præfertur secundo, non solum quoad bona, quæ debitor habebat tempore primi contractus, sed etiam quoad bona post secundum contractum quæsita, *leg. vltima in principio ff. qui potiores in pign. habeant, leg. hac edictali 6. §. omnibus, C. de secund. nupt. l. si ignorante 3. C. de remiss. pignor. Bart. in dict. l. vltima, & in leg. si is, qui 28. numero 2. ff. de iure fisci, Baldus in dict. lege hac edictali, §. his il-*

 lud,

lud, numero 16. *Salicetus in eadem lege in dicto §. omnibus, numero* 1. *& lege licet* 7. *numero* 4. *C. qui potiores Paul. in l. in operis* 29. *numero* 7. *ff. locati, Ripa in l priuilegia* 16. *numero* 16. *ff. de priuileg. credit. Pichard. in commentario eiusdem legis, numero* 64. *inserto in §. quadam actiones* 20. *institut. de action. Negusant. de pignor.* 5. *par. membr.* 2. *numero* 5. *versiculo, Octauo amplia, & numer.* 39. *Peregrin. de iure fisci libro* 6. *tit.* 6. *numer.* 15. *Barbosa in leg.* 1. 2. *par. numero* 12. *versic. Et confirmatur, & num.* 16. *versiculo, Non obstat secundum, ff. soluto matrimonio, Tepat. in compendio variar. tom.* 2. *tit.* 505. *cap.* 7. *colum.* 2. *versic. In generali hypotheca, Cassanæn Cathalogo gloriæ mundi* 12. *part. consideratione* 99. *versic. Secundo extende, Castillo quotidianar. controuers. lib.* 3. *c.* 4. *ex num.* 18. & quamuis quidam contradi erint, aut dubitauerint, vt *Accurs. in l. idemque* 7. *§. si tibi. verb. Et Titio, ff. qui potiores, & in l. si is, qui* 28. *Scholio vltimo, ff. de iure fisci*, iam res hæc est indubitata.

2 Est autem amplianda hæc resolutio, vt procedat non solum si debitor obliget bona sua præsentia, & futura expressè, sed etiam si obliget res suas, aut bona sua generaliter, nihil vlterius exprimendo, nam etiam isto casu censenda sunt hypothecata omnia debitoris bona, tàm præsentia, quàm futura, ex noua Iustiniani constitutione in *leg. si quis vltima, C. quæ res pignori obligari possint*, hoc itaq; regulariter seruandum est.

3 Hæc tamen regula limitanda est fauore fisci, nam si quis postquam contraxit cum primo creditore, obligans ei omnia sua bona, quę habet, quęque habiturus est, contraxerit cum fisco, vel expressè obligans omnia bona præsentia, & futura, vel tacitè: isto casu in bonis post contractum fisci quæsitis à debitore, fiscus præfertur anteriori creditori. Dixi, vel tacite, quoniam fiscus ex omni cōtractu tametsi, nihil ducatur de bonorum contrahetis obligatione, habet tacita hypothecam in eius bonis, *l. aufertur* 46. *§. Fiscus, ff. de iure fisci, l.* 2. *&* 3. *C. de priuileg. fisci l.* 1. *&* 2. *C. in quibus caus. pign. tacit. contrah. Negusantius de pignor.* 2. *part. membr.* 4. *numero* 113. *Peregrin. de iure fisci, lib.* 6. *tit.* 6. *numero* 1. *Alfaro de offi. fiscal. gloss.* 34. *§.* 5. *numer.* 116. *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.* 11. *tit.* 18. *num.* 4. *et per totum.* Hypotheca autem tacita complectitur omnia bona præsentia, & futura, *l. si cum pecuniam* 3. *C. de priuileg. fisci, d. l. hac edictali* 6. *§. omnib. Cod. de secund. nupt. vbi Bald. in § his illud, num.* 15. *Roman. singulari* 147. *Ripa in l.* 1. *num.* 3. *in fin. vers. Ampliatur secundo, ff. de pignorib. Afflict. decis.* 335 *num.* 2. *Negusantius vbi sup. num.* 21. *&* 22. *Couarru. practic. cap.* 29. *num.* 4. de iure Castellæ *l.* 17. *in fin. tit.* 11. *par.* 4.

4 Hanc limitationem probat textus singularis in *leg. si is qui* 28. *ff. de iure fisci, vbi Bartolus* tradit, & omnes Scribentes, & in *l. vlt. ff. qui potiores in pign. habeant. Salicet. in l. si in te* 7. *numer.* 8. *Paulus numer.* 4. *Codic. de priuil. Fisci, Francisc. Lucanus de Fisco, & eius priuilegiis,* 1. *par. num.* 84. *Bossius diuersor. tractat. tit. de Fisco, & priuilegiis eius numero* 24. *Negusantius de pignorib.* 5. *part. membr.* 2. *numer.* 11. *& numer.* 32. *versic. Igitur fallit, & num.* 42. *Capicius decis.* 129. *num.* 12. *Gregor. Lopez in gloss.* 4. *in l.* 33. *titul.* 13. *par.* 5. *Couarr. variar. lib.* 1. *cap.* 16. *numer.* 2. *vers. Hic suffragatur, Gutierrez libr.* 3. *practicar. quæst.* 100. *num.* 11. *Felicianus de censib. tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 13. *& tom.* 2. *libr.* 3. *cap.* 5. *num.* 28. *(Gasp. Roder. de annuis reddit. lib.* 2. *quæst.* 19. *num.* 7.*) Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib.* 11. *tit.* 25. *ex numer.* 6. *Peregrin. de iure Fisc. lib.* 6. *tit.* 6. *numer.* 15. *Alfaro de offic. fiscal. glossa* 16. *priuileg.* 23. *num.* 105. *& gloss.* 34. *§.* 5. *num.* 126. *Thusch. liter. F. conclus.* 383. *ex num.* 26. *Menoch. de præsumpt. lib.* 2. *præsumpt.* 72. *num.* 12. *Barbosa in l.* 1. 2. *par. nu.* 12. *ff. solut. matrimon. Francisc. Conanus commentar. iur. ciuil. libr.* 4. *capit.* 7. *ex numero* 7. *Castillo quotid. controuers. lib.* 3. *cap.* 4. *ex numero* 16. *Afinius tractat. de executionib.* §. 7. *cap.* 25. *ex num.* 1. *Petrus Vanderauus de priuil. credit. cap.* 2. *ad finem, Gabriel. Mudeus de pignorib. & hypothecis, tit. quibus modis pign. vel hypotheca soluit numer.* 111. *&* 112. *cum sequent. Fachineus lib.* 10. *controuers. iur. cap.* 33. *versic. Secundum argumentum, Anton. Faber coniectur. lib.* 2. *cap.* 10. *Cuiacius obseru. lib.* 10. *capit.* 22. *Balduin. de pignorib. capitul.* 19. *Iulius Pacius legum conciliatarum, centur.* 5. *quæst.* 29. *Nicolaus Genua in conciliatione legum, ad l. si is quis mihi, ff. de iur. Fisc. fol. mihi* 334. *Tapia Iuris Neapolit. lib.* 2. *rub.* 1. *ad Constit. Officia, quæ personis, num.* 11. *pag.* 126.

5 Illud tamen constitutum est apud omnes absque controuersia, priorem creditorem priuatum in rebus acquisitis à debitore post contractum primum cum ipso initum, antequam ipsemet debitor cum Fisco contraheret, esse Fisco præferendum.

6 Huic tamen solemni limitationi obstat vrgentissimè *text. in l. Titius vltima, in princ. ff. qui potiores in pignor. habeant.* cuius verba sunt; *Titius Seiæ ob summam, quæ ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia bona sua quæ habebat, quæque habiturus esset; posteà mutuatus à Fisco pecuniam pignori ei res suas obligauit; & intulit Seiæ partem debiti, & reliquam summam nouatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, vt suprà de pignore conuenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit Fisco & illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in iis rebus, quas post priorem obligationem acquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur. Respondit, nihil proponi, cur non sit præferenda.* Et Author eius legis est Seruidius Sceuola. Vbi vides, priuatum præferri Fisco in bonis quæsitis à debitore post contractum Fisci, contra apertam diffinitionem *Vlpiani in dict. l. si is qui* 28. *ff. de iure Fisci.*

7 Huius antinomiæ conciliandæ causa multa sunt excogitata, multa sunt scripta à DD. *Accursius in vtroque loco*, videtur omnia tetigisse, & indicasse: sed aliis alia via ex istis inuentis placuit, vt omnes videantur omninò ab aliis recessisse. Eorum sententias copiosius retulit, & congessit *Nicolaus Genua vbi suprà.*

8 *Hugo Donellus tractat. de pignorib. cap.* 12. sequutus *Salicetum in d. l. Titius, num.* 2. *ff. qui potiores*, quam tamen non refert, vitio ipsi communi neque *Accursium*, originalem Authorem, sic conciliat istos duos textus, qui videntur inter se dissidere. Primum statuit, priorem creditorem, qui habet bona pręsētia, & futura sui debitoris obligata, præferri debere in bonis tam habitis tempore contractus, quam in omnibus post quæsitis, secundo creditori posteà contrahenti, siue sit priuatus, siue Fiscus, & hanc regulam, quam tradidimus *suprà numer.* 1. esse vniuersim veram sine vlla exceptione. Itaque negat limitationem propositam, & Fisci priuilegium, aut specialitatem in hoc articulo. Respondet verò facillimè ad *textu in d. l. si is qui ff. de iure Fisci*, cuius verba sunt; *Si is mihi obligauerat, quæ habet, habiturusque esset cum Fisco contraxerit, sciendum est, in re posteà acquisita Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, præuenit enim causam pignoris Fiscus.* Ait *Donellus, verb. Contraxerit*, quod in hac lege reperitur, non esse de futuro, sed de pręterito. Ita vt casus illius textus sic proponatur, si is, qui obligat omnia bona sua præsentia, & futura alicui creditori, iam antè cum Fisco contraxerit, Fiscum in re posteà quæsita potiorē esse debere. Papinianus respondit, quod

&

& constitutum est, præuenit enim causam pignoris Fiscus. Hanc autem constitutionem, credit *Donellus* esse *legem secundam* (nam credo, mendum Typographi fuisse) *leg. 1. C. de priuileg. Fisci*, vbi statuitur, si Fiscus contraxit ante dotem, Fiscum potiorem esse, & ius Fisci causam dotis præuenisse.

9 Quòd si quis obijciat *Donello*, iuxta eam interpretationem *d. l. si is qui*, non solum non continere specialitatem fauore Fisci, sed neque potuisse habere rationem dubitandi imò responsum fuisse de indubitabili, contra *text. in l. quod Labeo 9. ff. de Carbon. edicto*. Respondet, in eo responso eandem fuisse rationem dubitandi quæ occurrit in quolibet priuato creditore antiquiore, qui habeat obligata bona sui debitoris præsentia, & futura. Nam si secūdus creditor similiter habeat obligata eiusdem creditoris bona, occurrit magna ratio dubitandi, an sit præferendus primus secundo in bonis futuris, seu denuò quæsitis. Quoniam obligatio sic concepta, est conditionalis, videlicet, si debitor acquisierit de nouo aliqua bona (quod considerauit *Fulgosius in dict. l. vltima, in principio, numer. 2. ff. qui potiores*) & conditio vno, & eodem tempore impletur, tam respectu primi, quam respectu secundi creditoris, tempore, inquam, nouæ acquisitionis bonorum & sic neuter ex istis videbatur alteri præferendus, sed simul debere concurrere, cùm pares sint in hypotheca, & vno, & eodem tempore fauore vtriusque sit contracta, *l. idemque 7. §. si tibi, ff. qui potiores*. At contrarium respondet Vlpianus, Fiscum, qui primus contraxit, præuenire causam pignoris, quia nō est respiciendum tempus, quo actu acquiritur dominium à debitore, & hypotheca contrahitur, sed tempus contractus, ex quo pignus originem ducit, vt rectè considerat *Salicetus in l. licet 7. numer. 4. & in l. assiduis 12. num. 4. C. qui potiores*, & *Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus libr. 11. titul. 25. num. 8.* & idem responderet *Vlpianus* de creditore priuato, quia hic nihil speciale in Fisco reperitur. Præuenire enim causam pignoris, est occupare causam pignoris, seu in illo accipiendo priorem esse, vt in *l. 2. C. qui potiores*.

10 In hac interpretatione illud difficultatis occurrit, quòd in *text. dict. l. si is quis*, si spectemus rigorem literę, prius videtur obligasse debitor bona præsentia, & futura priuato, quàm cum Fisco contraheret, quia verbum illud, *Obligauerat*, est præteriti plusquam perfecti, & significat tempus anterius tempori illi, quod significatur per verbum *Contraxerit*, quod est verbum præteriti perfecti; & sic semper significatur præcisse obligatio priuati obligationem Fisci. Quòd si stemus huic rigori literali, resurgit in textu eadem difficultas, quam omnes sentiunt. Deinde quoniam si eam interpretationem approbemus, recedendum erit à communissima sententia Doctorum omnium, excepto solo ferè *Donello*, quibus iam inde ab antiquis temporibus persuasum est, hoc esse Fisci priuilegium, vt præferatur prioribus creditoribus in bonis debitoris acquisitis post contractum, cum ipsomet Fisco celebratum. Durum autem esset hac in re contra Fiscum, qui pro se habet omnium Doctorum placitum, & communem iudiciorum vsum iudicare, & à tot hominum ferè in controuersia sententia deniare, & discedere.

11 Aliter conciliat prædictas leges *Gabriel Mudeus de pignorib. tit. quib. mod. pign. vel hypothec. soluitur, num. 15.* sequutus eundem *Salicetum in d. l. Titius 22. numer. 3. in fin. ff. qui potiores*, vt differentia decisionis huius legis à decisione, *l. si is qui, ff. de iure Fisci*, oriatur ex diuersitate facti. Nam in *dict. l. Titius*, debitor obligauit Seię creditrici priuatæ omnia bona sua, quæ habebat, habiturusque esset Fisco autem obligauerat res suas. Iste verò duæ obligationum formæ iuxta illud tempus erant diuersæ. Nam qui eo tempore obligabat res suas, non censebatur obligare bona futura, sed solum presentia, donec Iustinianus statuit in *l. vlt. C. quæ res pign. obligar. poss.* obligātes res suas censeri obligare bona præsentia, & futura. Ita in specie *d. l. Titius*, cum bona futura non essent Fisco obligata, mirum non erat. Seiam priuatam creditricem præferri Fisco in bonis futuris, cùm in illis non tam potior, quā sola inueniretur. In specie verò *d. l. is qui, ff. de iur. Fisc.* debitor contraxerat cum Fisco, & cum priuato, vtrique obligans bona sua præsentia, & futura: & concurrens Fiscus priuilegiatus cum priuato non priuilegiato eodem tempore in hypotheca futurorum bonorum Fiscus præuenit causam pignoris, id est censetur ob priuilegium suum prius contrahere pignus, quàm creditor priuatus.

12 Sed in hac interpretatione ille restat scrupulus, qui eam facit improbabilem, quoniam sub quacunque forma congerit cum Fisco debitor priuatus, & quamuis non expresse obligauerit bona futura, & præsentia, Fiscus habet tacitam hypothecam in bonis sui debitoris, & secum contrahentis, quæ extenditur ad bona præsentia, & futura, iuxta dicta *suprà num. 3.* & sic in specie *dict. l. Titius*, Fiscus habebat obligata bona præsentia, & futura debitoris communis, si non ex verbis contractus, ex priuilegio tacitæ hypothecę, & nihilominus. Sceuola respondit, præferri Fisco creditorem priuatum in bonis etiam futuris communis debitoris, quæ vtrique creditori erant obligata.

13 *Accursius in dict. l. Titius, vltima verbo Præferenda, ff. qui potiores*, affert aliā concordiam, & est vltima interpretatio ibi relata, quam approbant *Cuiacius, & Iulius Pacius*, videlicet cùm ibi fiat mentio trium contractuum debitoris, primi cum priuato, in quo erant obligata omnia bona præsentia, & futura, secundi cum Fisco tertij nouationis cum eodem priuato: Respondeat Iurisconsultus, priuatum Fisco præferri in bonis post primum contractum quæsitis, intellige tamen ante secundum contractum cum Fisco initum. Non enim declarat ibi I.C. res quæsitas à debitore post contractum Fisci, sed quæsitas à debitore post primum contractum in cuius locum per tertium contractum succedit sibi ipsi priuatus vt contingit facta etiam nouatione cum pignore repetuntur; *l. creditor 3. in princip. leg. si prior 13. in princip. ff. qui potiores*, & sic *dict. l. vltima*, nihil continet contrarium, *d. l. si is qui*.

14 Omittimus cæteras concordias, quibus vtuntur idem *Accursius* qui omnes excogitauit, & *Bart.* & hos sequuti cæteri Doctores, & quas tradunt *Conanus, & Anton. Faber* cum multiloquio, & alij. Ego verò cogitabam nouam, quæ forsan plus placebit. Prædicta *l. Titius, vltima, ff. qui potiores*, authorem habuit Seruidium Sceuolam I.C. qui floruit temporibus Imperatoris Marci Antonini Philosophi, & fuit Magister Papiniani, vt referunt *Aymarus Riualius in historia iuris ciuilis, libr. 5. numer. 23. & Valentinus Forsterius historia Iuris ciuilis, libr. 2. in Seruidio Sceuola*. Hoc verò imperium cœpit anno ab vrbe condita 913. & durauit ad annum 928. seu ab anno Christi 162. ad annum 177. iuxta *Fastos Consulares Antonij Contij*, seu, vt alij volunt *Gregorij Aloandri*, aut quisquis est alterius Anthoris, qui inueniuntur in libro Codicis. Papinianus discipulus Seruidij Sceuolæ floruit sub Sept. Seuero Imperatore, & Antonino Caracalla, seu Bassiano eius filio, a quo Papinianus dicitur occisus, notat prædicti *Aymarus* Ri-

Riualius d.libr.5.num.26. & Forsterus d.libr.2.in Æmilio Papiniano. Imperium Seueri cœpit anno ab vrbe condita 946. Christi 195. durauit ad annum vrbis 963. Christi 212. Imperium Antonini cœpit ab annovrbis 964. Christi 213. Vlpianus verò Author, *d.l.si is qui, ff.de iure Fisci*, discipulus Æmilij Papiniani, & condiscipulus Pauli, floruit sub Imperio Alexandri Seueri, quod cœpit anno vrbis 975. Christi 224. vt prædicti *Aymarus Riualius, & Valentinus*, iunctis Fastis Consularibus adnorarunt. Igitur vt veniamus ad antinomiam, Seruidius Sceuola respondit de iure indubitato iuxta sua tempora, in quibus seruabatur antiqua regula, vt qui prior esset tempore potior esset iure idque tam quoad bona debitoris habita tempore contractus, quàm quoad post quæsita sine vlla exceptione, quia eo tempore Fiscus nihil habebat speciale. Postea verò Papinianus recentior Iurisconsultus, vt erat acutus considerans in Fisco specialem rationem cur in bonis futuris esset præferendus, quia nempè concurrentibus eodem temporis momento Fisco, & priuato creditore in contrahenda hypotheca, videlicet acquisitione noua bonorum post contractum Fisci quæsitorum, postulabat priuilegium Fisci, vt Fiscus præferretur creditori tempore contractæ hypothecæ pari, prærogatiuæ verò impari, & minori; respondit limitata regula iuris antiqui ob rationem, quæ forsan Sceuolæ non occurrit, Fiscum esse præferendum. Hoc autē Papiniani responsum causam dedit, cur Imperator sequutus tanti Iurisconsulti sententiā, & in tam supremo loco constituti, constitutione peculiari lata expresse hoc priuilegium Fisco tribueret, quod antiquo iure fuerat omissum, & totum hoc colligitur ex prædicta *Vlpiani leg.si is qui 28.ff.de iur.Fisci*, vbi dixit *Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, præuenit enim causam pignoris Fiscus.* Agnoscit post responsum Papiniani nouam constitutionem, quæ non fuerat tempore Seruidij Sceuolæ. Neque nouum est, multa eiusmodi relicta fuisse à Triboniano, qui dum coaceruauit ex Iurisconsultorum respōsis ius ciuile, quod habemus in Digestis, plurima indigesta reliquit, adiungendo ius nouum cum iure antiquo, iam per recentiores cōstitutiones correcto, aut limitato, & sic sæpius dicūt Doctores, hoc erat de iure Digestorum, hoc de iure Codicis, sic similiter contingit in Digestis, vt quædam constituta sint de antiquiore iure Digestorum, alia de iure Digestorum recentiori.

15 Quidquid sit, illud certò statuendum est, & firmissimè tenendum, in quo omnes, nullo ferè dempto conueniunt, Fiscum habere priuilegium, vt in rebus post suum contractum à debitore quæsitis præferatur anterioribus creditoribus. Ratio huius priuilegij, quæ communiter redditur à Doctoribus, & potest desumi ex latè traditis à *Saliceto in l.licet 7.numer.4. & in l.assiduis 12. num. 4.Cod.qui potiores*, & quam suprà significauimus (omissa ea, quam cum multiloquio, & se satis intricans reddit Conanus) est, quoniam cum res noniter quæsita à debitore communi contrahit hypothecam, id est eodem ipso momento temporis, quo acquiritur, simul concurrunt creditor priuatus ratione sui contractus anterioris, & Fiscus ratione sui cōtractus posterioris, sed cum priuilegio. In hoc verò concursu duorum creditorum, tempore parium (non enim respiciendum est tempus contractus, quia hic nulla est retrotractio, vt adnotauit *Salicetus vbi suprà, & Conanus comment.iur.ciuil.titul.4.capit.17.numer. 9.& Mantica de tacit.& ambig.conuent.libr.11.titul.25.numer.5.* quamuis contra senserint *Negusant.de pignor.5.parte membr.2.num.39.40.& 41.*) sed tempus ipsum contractæ hypothecæ, quod vnum, & idem est respectu vtriusque creditoris) inæqualium verò quoad priuilegium, quia solus Fiscus priuilegio gaudet vincit Fiscus creditor priuilegiatus, & fingitur præuenisse hypothecam, quia debet præferri omnibus, qui ante ipsum hypothecam non acquisierunt. Quæ eadem ratio mouere potuit Papinianum, vt limitata regula iuris antiqui respōderet quod refert *Vlpianus in d.l.si is qui*, & Imperatorem, vt iuxta prædictum Papiniani responsum nouam constitutionem ederet, vt in eadem lege refertur.

16 Vtrum autem hoc priuilegium Fisci extendatur ad dotem, & mulier repetens dotem ab hæredibus mariti in concursu aliorum creditorum sit præferēda anterioribus, in bonis post contractum dotis à marito quæsitis, res est controuersa, alijs affirmantibus, alijs negantibus. Vide *Barbos.in l.1.2.p.ex num.17.ff.solut.matrim.Gutierrez libr.3.pract.q.100.ex num.11.& num.18. Asinium de executionib.§.7.c.25.ex numer.4.Castillo quotid.controu.libr.3. cap.4.ex num.20.* qui multos alios allegant de hac difficultate tractantes.

17 Sublimita verò limitationem prædictam, vt hoc Fisci priuilegium, videlicet prælatio in bonis nouiter quæsitis locum non habeat, si creditor anterior Fisco sit priuilegiatus, vt si esset dos. Nam dos anterior præferretur Fisco, etiam in bonis quæsitis post Fisci contractum, prædicto Fisci priuilegio non obstante. Hanc sublimitationem tradunt *Bartholomæus Socin.in l.1.numer.17.ff.solut.matrim. Negusantius de pignoribus 2.parte membr.4.ex num.108.& 5.part.membr.2.num.32.versic.Limita tamen, Socin.Iunior consil.10.numer.27.3.part.Caputius decis.129. numer.12. Barbosa in d.l.1.2.part.num.22. vers.Similiter & priuilegium Fisci, & numer.23.vers.Et ideò melius, ff.solut. matrim.Gutierrez libr.3.pract.dict.q.100.numer.12. 13. & 14.Mantica de tacit.& amb.conuention.lib.11.tit.25. num. 9.10.& 11.Castillo quotid.controuersiar.d.libr.3.cap.4. numer.24.* Ratio sublimitationis est, quam tradunt communiter Doctores post *Bart.in d.l.Titius, vltima, ff.qui potiores, in d.l.si is qui 28.in principio ante numer.1.* quoniam tunc secundus creditor præfertur priori in bonis quæsitis post contractum secundi creditoris, quando secundus est priuilegiatus, & non est priuilegiatus primus. Nam tunc primus creditor non habet pro se nisi prioritatem temporis contractus, & in tempore contractæ hypothecæ concurrit cum secundo, qui ratione sui priuilegij præuenit causam pignoris; at quando prior habet non solum prioritatem temporis sed etiam priuilegium, præfertur secundo in bonis postea quæsitis, quia quoad priuilegiū, & tempus contractæ hypothecæ pares sunt, at prior quoad prioritatem temporis contractus præcellit, vt contingit in *dict.l. vltima, ff. qui potiores*, vbi prior creditrix Seia erat priuilegiata, quia erat creditrix ex tutela, & sic præfertur Fisco. Succedit enim regula, vt priuilegiatus aduersus pariter priuilegiatum non vtatur priuilegio suo, *l. sed & milites 8.in princip.ff.de excusat. tutor.* & dixi suprà *disp.31.n.2.in fin.*

18 Sed cui incumbet probatio, an bona sint quæsita post contractum Fisci vel ante; an Fisco, an creditori priuato? Respondendum est, si prior creditor agit contra Fiscum, ipse debet probare, bona esse quæsita ante contractum Fisci: si verò Fiscus agit contra priorem creditorem priuatum, ipse debet probare, bona esse postea quæsita: & ei, qui se fundat in prioritate, aut posterioritate incumbit probatio. Quoniam vnusquisque tenetur probare fundamentum suæ intentionis, *§.non solum, Inst.de legat.l.2.leg.ab ea parte 5.l.verius 21.ff.de probat.Paclanus*

cianus de probation.libr.1.cap.7.& seqq.cap.16.& seqq.cap.51.& seqq.& fere per totum librum. Ita respondet Bartol. in dict.l.si is qui 28.numer.3.ff.de iure Fisci, & illum sequutus Negusantius de pignorib.5. part. membr.8.num.433. Mantica de tacit. & ambig. conuentionibus libr.11.tit.25.ex numer.14.

19 Hucusque dixerunt omnes; sed omiserunt difficultatem frequentissimè in iudicijs occurrentem, quam nullum vidi tetigisse, seu quia de ea non dubitauerint, seu quia menti non occurrit: at ex eius prætermissione orti sunt magni, & multum noxij errores: habiti pro veritate indubitata in practica.

20 Difficultas autem est, an Fiscus, cui omnes concedunt prælationem in bonis post suum contractum quæsitis sit præferendus in fructibus post suum contractum profectis ex bonis debitoris obligatis, tam Fisco, quàm alijs prioribus creditoribus?

21 Respondendum est affirmatiuè, nempè Fiscum præferendum esse creditoribus anterioribus in fructibus hypothecarum natis, & prouentionibus, seu acquisitis post suum contractum: Idque seruandum esse quoad omnes fructus naturales, industriales, & ciuiles. Probatur argumento efficacissimo, quod nullam solutionem habere potest. Quoniam Fiscus præfertur creditoribus anterioribus in bonis posteà quæsitis à debitore communi d. l.si is qui 28.ff. de iure Fisci, secundùm communem interpretationem omnium Doctorum. Sed fructus hypothecarum nati post contractum Fisci, sunt bona posteà quæsita à debitore. Ergo in illis præferendus est Fiscus anterioribus creditoribus. Minor probatur, quoniam fructus sunt bona distincta ab hypothecis capitalibus, ex quibus oriuntur, l.in prædijs 7.ff.in quibus causis pig. tacit. contrah. vbi pignus, seu hypotheca contrahitur in fructibus fundi locati fauore domini, fundi, in quo tanquam in re propria dominus non potest habere hypothecam, l.neque pignus 45.ff.de regul.iur. & si agamus de fructibus naturalibus, certum est, distingui à rebus, ex quibus nascuntur, vt fœtus à grege, vites ab vuis, oliua ab oleis, & vniuersim causæ ab effectibus: in alijs item planum est, pensionem domus distingui à domo, reditum census a capitali census, & fructus officij, aut beneficij ab officio, & beneficio ipso. Ergo cum isti fructus oriuntur, & promanant à capitali, nouiter quæruntur à domino capitalis: non enim erant acquisiti, antequam exorirentur, & prouenirent à capitalibus ipsis: & quod est consequens, isti fructus erunt bona nouiter quæsita, super quibus tempore ortus, & acquisitionis cadet hypotheca Fisci priuilegiata, ex qua prouenit prælatio inter cæteros creditores, etiam priores & præuentio causæ pignoris, vt supra explicauimus.

22 Esse autem fructus bona nouiter, seu posteà quæsita, præter quam, quod constat naturali ratione, quæ omni authoritate præualet, l.scire oportet 15.§.sufficit, ff. de excusat.tut. docuerunt Alexandr.in l.si constante 25.in princip.numer.38.Barbosa numer.47.in fin.ff.solut.matrim. Item ex eo probatur, quòd fructus dotis lucratur maritus, cùm proprietatem dotis non lucretur, l. dotis fructus 8. ff.de iur. dot. Deinde de iure Castellæ cùm statutum sit, vt lucra seu bona quæsita constante matrimonio communicentur inter coniuges, l.2.tit.9.libr.5.Recopil. statutum etiam est, vt fructus bonorum, quorum proprietas ad alterum ex coniugibus expectat, inter coniuges communicentur tanquam bona superlucrata, & nouiter quæsita; vt statuitur in l.4.& l.5.d.titul.9.libr.5. Recopil. notarunt Ioannes Lopus in Rubric.§.62.num.9.in fin.& numer.10.& seqq.& §.63.& 64. de donation.inter. Matienz in d.leg.4. gloss.1.ex num.1.& in d.l.5.glos.5. Azeued.in d.l.2.ex numer.17.et in d.l.4.ex num.1. vbi ait, quod nomine acquæstus illa comprehenduntur, quę ex industria alicuius opera, vel solertia acquiruntur, l.quæstus 8.ff. pro socio. & acquirere est idem, quod lucrari, capit.ex transmissa 23. cap.Pastoralis 28.de decim. Ancharran. cons.102. contra dictam donationem ex num.1.in specie num.5. & in dicto consilio proculdubio loquitur de legibus Castellæ, & acquirere est propriè dominium rerum nancisci. Caluinus in lexico, verb. Acquirere. Dubium verò non est, quin debitor nanciscantur de nouo dominium fructuum, §. item ea quæ ex animalibus, §.si quis à non domino, §. in pecudum, Inst.de rer.diuis.et hæc loca Pichardus. Itaque fructus propriissimè sunt, & dicuntur bona nouiter quæsita, ac per consequens necessario cadunt sub priuilegio Fisci, vt quoniam tempore acquisitionis, id est simulatque nati sunt, aut concepti, & diuisi natura à capitalibus, quo tempore cadunt sub dominio debitoris, atque item sub hypotheca creditorum, tam priuatorum, quàm Fisci, qui simul concurrunt in contractione pignoris priuatis quidē sine priuilegio, Fiscus verò cum priuilegio pręuenit caussam pignoris Fiscus, & in eis tanquam in bonis nouiter quæsitis erit præferendus omnibus priuatis creditoribus anterioribus.

23 Neque obstat, quòd id fructibus contrahatur hypotheca legalis, qua tacitè censentur hypothecari creditori, qui hypothecata est hypotheca capitalis, à qua prouenìunt, l.si conuenerit 18. §.si fundus ff.de pignor.act.l. grege 13.ff.de pignorib.l.quamuis 3.C.in quib.caus.pign.tacit. contrah. vbi Salicet.numer.2.l.in prædijs 7.ff.eod.tit. Gregor. Lopez in l.14.tit.13.part.5.gloss.3. Negusantius de pignoribus 2.part.membr.2.ex num.85.et membr.4.ex num.147. Francisc.Marcus decis.715.2.part.Mantica de tacit.et ambig.conuent.lib.1.tit.5.num.7.Molina de iustitia, tract.2.tom.2.disput.529.nu.5.Federic.Martini de iure censuum, cap.vlt.nu.20.et 81.Tusch.lit.H.conc.129.n.25.Mozius de contractibus tract.de pignorib.et hypothec.tit.de naturalib.pigno.et hypoth. num.15.

24 Non, inquam, obstat, nam quamuis creditor anterior, cui obligata sunt omnia debitoris bona, tam præsentia, quàm futura, acquirat in fructibus eorum bonorum cùm exoriuntur hypothecam conuentionalem ex suo contractu, & tacitam legalem iuxta predictam l. quamuis, cum concordantibus, Fiscus etiam acquirit in eisdem fructibus, & eodem tempore hypothecam conuentionalem ex suo contractu, & tacitam legalem, quia prædium, ex quo fructus nascuntur similiter est ipsi obligatū, & quoad hoc Fiscus, & priuatus creditor pares sunt; at Fiscus habet hypothecam priuilegiatam, per quam vincit omnes creditores non priuilegiatos in rebus quæsitis post suum contractum, quia censetur præuenire causam pignoris.

25 Hæc tamen resolutio limitanda est, vt non procedat, & Fiscus non sit præferendus in fructibus ortis ex hypothecis Fisco obligatis, quoties hypotheca Fisco obligata fuerit alienata, & extra dominium debitoris, & fructus producti nati fuerint apud dominum qui non sit debitor Fisci: quoniam tunc quemadmodum fructus hypothecæ eo tempore nati, & recollecti sunt extra patrimonium, & dominium debitoris Fisci: ita non subyciuntur hypothecę fiscali ac per consequens in eis, vtpotè in quibus nullum ius habet, & quæ non queruntur debitori Fisci, non erit præferendus Fiscus. Tamdiu enim fructus pignoris censentur tacitè hypothecati creditori, quamdiu

diur, & donec hypotheca manet sub dominio debitoris: cùm verò pignus alienatur, & exit extra patrimonium, & dominium debitoris, fructus remanent liberi à nexu, & vinculo pignoris taciti, *l. Paulus 29. §. si mancipia, vbi Salicet. ff. de pignorib. Gloss. in verbo Vtendi fruendi, in l. potior 11. §. si de futura, vbi Bart. et Salicet. ff. qui potiores in pign. habeant. gloss. in l. 1. §. cum prædium, verb. Nunquam debitoris, per textum ibi, ff. de pignoribus Gloss.* notatu digna *in leg. 1. verb. Placuit, C. de partu pignor. et omni caus. vbi Cynus, et Salicet. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 2. numer. 32. Merlinus controuers. forens. capit. 24. numer. 5. Surd. decis. 97. num. 12. Gaitus de credito, cap. 4. quæsito 7. numer. 416. Visconte in conclusionibus iuris, liter. F. verb. Fructus futuri, Francisc. Niger Cyriacus controuers. forens. lib. 3. controuers. 490. ex num. 49. Sesse decis. 87. ex num. 5. Hauia Volano in Curia Philippica, 2. part. lib. 2. cap. 3. numer. 13. Gabriel Mudeus de pignoribus, tit. de pignorum fructu, partu, causa qualibet, accessione, et mutatione, ex num. 19.* vbi ait, in obligatione fructuum eam inesse conditionem, non solum si nascantur, sed etiam si nascantur debitori.

26 Itaque ex prædictis fit, vt quoties in concursu creditorum, in quo interuenit Fiscus, vno vel pluribus petentibus, sequestrantur bona debitoris hypothecata, & obligata omnibus in fructibus bonorum sequestratorum antequam vendantur, & transferantur in tertium, tanquam in bonis posteà quæsitis, Fiscus sit præferendus omnibus creditoribus anterioribus non priuilegiatis. In qua re video sæpè sæpius erratum cum magno Fisci damno non attento eius priuilegio. Ego verò sæpius hanc sententiam practicaui, & iuxta eam diffiniui multas causas Fiscales, quarum spatio multorum annorum Iudex fui. Sed in hoc Regno, imò & doctissimo cuidam viro visa est doctrina noua, & inaudita, vt sciamus, neminem esse, cui multa noua non videantur, quę non sunt noua.

SVMMA DISPVTATIONIS. Trigesimaquinta.

1 *Vbi Doctores tractent de subrogatione posterioris creditoris in locum prioris.*

2 *Cùm creditor credit actiones suas, cessionarius subrogatur in locum cedentis.*

3 *Cùm creditor posterior soluit priori eo fine, vt in eius locum subrogetur, etiam si nullum fiat pactum, subrogatur in locum prioris.*

4 *Cùm extraneus soluit creditoris pro debitore non potest cogere creditorem ad cedendum.*

5 *Creditor cogitur cedere fideiussori, vel correo soluenti pro debitore.*

6 *Tertio possessori hypothecæ soluenti pro debitore cogitur creditor cedere actiones contra debitorem.*

7 *Extraneus potest soluere pro debitore, & illum etiam inuitum liberare.*

8 *Extraneus sic soluens pro debitore creditori non succedit in locum creditoris, sed solum contra ipsum debitorem acquirit actionem negotiorum gestorum.*

9 *Vt extraneus soluens creditori pro debitore subrogetur in locum creditoris interuenire debent pacta notata à* glossa in leg. Aristo ff. quæ res pign. obl. poss.

10 *Creditor recipiens pecuniam extranei videtur in successione, & subrogatione illius consentire.*

11 *Cùm debitor soluit creditori de sua propria pecunia consequitur liberationem, & extinguit omnem actionem. Debitori soluenti, neque fideiussori soluenti nomine debitoris non fit cessio, & limitatur, remissiuè, ibid.*

12 *Cùm debitor soluit de pecunia aliena, vt is, qui dat pecuniam debitori ad soluendum subintret in locum dimissi creditoris, requiruntur pacta relata à* glossa in dict. l. Aristo.

13 *Non soluit de pecunia aliena qui soluit de pretio rei à se venditæ: sed de pecunia propria.*

14 *Cùm creditor vult succedere sibi ipsi nouans primum contractum, & repetens pignora, manet quoad primum debitum cum prima antiquitate.*

15 *An hypotheca ex successione legali quæsita sit eadem, quam habebat primus creditor, vel diuersa, est quæstio de apicibus iuris.*

16 *Quòd senserit* Accursio, *esse diuersam.*

17 *Verius est, esse vnam, & eandem.*

18 *Cùm extraneus emit à debitore rem hypothecatam cum pacto quòd de pretio soluatur creditori, & pretium peruenit re vera ad creditorem, emptor non succedit in actionem prioris creditoris, sed consequitur solum ius retentionis aduersus posteriores creditores.*

19 *Istum emptorem succedere in ius primi creditoris multi asseruerunt.*

20 *Non est tamen recedendum à priori sententia ob multum vrgentes rationes.*

21 *In hoc casu non cogitur creditor cedere actiones.*

22 *Actio, quæ ceditur non potest coarctari, sed habet eandem naturam in cessionario, quam habebat in cedente.*

23 *Si creditor census, seu annui introitus illum cedat, aut vendat cui voluerit, cessionarius succedet in locum, & actionem cedentis.*

24 *Correi, fideiussores, & tertij possessores hypothecarum possunt compellere creditorem annui reditus ad cedendum, soluta sorte cum reditibus decursis.*

25 *Tertius potest soluere pro debitore capitale census cum reditibus decursis, ad effectum dissoluendi obligationem censualem in totum.*

26 *Extraneus iste tertius soluendo non potest cogere creditorem annui reditus ad cedendum sibi iura, sed solum ad patiendam extinctionem census. Habebit tamen contra debitorem census actionem negotiorum gestorum, ib.*

27 *Debitor annui reditus soluta creditori sorte capitali cum reditibus, potest illum compellere ad se liberandum liberandosque correos, fideiussores, & hypothecas, sed non ad cedendum sibi iura census inextincta. Cessio non potest fieri debitori; quia actio, & passio non possunt concurrere in eodem subiecto, nec quis idem sibi ipsi debere, ib. Cùm cessio fit debitori à creditore effectus, est, vt debitor remaneat liberatus ib.*

28 *Cùm debitori datur pecunia ab extraneo, vt soluat creditori reditus annui dubium est, an iste extraneus possit constitui in loco prioris creditoris.*

29 *Si iste contractus fiat sine interuentus creditoris antiqui inter solum debitorem, & dantem pecuniam cum pactis relatis à* glossa in d. leg. Aristo *succedit dans pecuniam in locum creditoris reditus annui.*

30 *Si secundus creditor soluat primo, subrogabitur in eius locum confirmans suum posterius creditum.*

31 *Consideratio noua Authoris, an succedatur in actionibus, an iniure census: & concludit non esse actionem, quemadmodum nec in rei vendicatione non creditur dominium.*

32 *Ius census, & actiones transfusæ ministerio legis in secundum creditorem manent affecta obligationibus, & hypothecis contractis apud primum creditorem.*

33 *Si census primus erat constitutus cum assensu super bonis feudali.*

debitoris. secundus creditor, in quem primus census est translatus non indigebit nouo assensu.

34 *Si creditor ad preces debitoris soluentis sponte (quia cogi non potest) cedat ius suum extraneo danti pecuniam debitori census, nulla contingit liberatio, sed manet obligatus secundo creditori cessionario, vt erat obligatus cedenti.*

35 *Si debitor census accepta ab extraneo pecunia soluat creditori, & faciat redemptionem, extinguatque primum censum faciens nouum contractum cum dante pecuniam, creditor primus nihil habet, quod possit redere, & ita dans pecuniam non succedit in locum primi creditoris reditus extincti.*

36 *Si contractus iste fiat cum interuentu trium personarum, videlicet debitore reditus extraneo dante pecuniam, & primo creditore reditus cedente ius suum extraneo, resultant plures difficultates.*

37 *Isti contractui antiquis omnibus ignoto, apud Neapolitanos tisitatissimo notabiles tribuuntur effectus.*

38 *Ius luendi cessum non habet maiorem vim apud cessionarium quàm habebant apud cedentem.*

Ius luendi inuentum, vt extinguat primum reditus contractum, & resoluat hypothecas, quibus illa subijciebatur, ibidem.

39 *Successio in ius primi creditoris cedentis repugnat effectui iuris luendi.*

40 *Cessio iuris luendi ostenditur superuacua, & sine illa resultarent ijdem effectum.*

41 *Ius census inextinctum, quod transit per cessionem in nouum possessorem remanet subiectum hypothecis contractis apud antiquum possessorem.*

Vana est consideratio, quòd secluso iure luendi non compelleretur cedere ius census.

42 *Doctrina* Bartol. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcenda, *hic videtur locum habere, ib.*

43 *Ius luendi à debitore cessum non tribuit ius ad compellendum creditorem, vt cessionem faciat.*

Debitor census virtute iuris luendi non potest compellere ad cedendum, sed solum ad patiendam extinctionem census.

44 *Retrouenditionis nomen quid significet, & quomodò vsurpetur in hac specie.*

Pactum retrouendicionis non aliud est, quam pactum, ex quo census fit extinguibilis, & resolubilis, ibid.

Redemptio, extinctio, & liberatio idem sunt, ib.

45 *Retrouenditionis nomen non accipitur propriè sed abusiuè: nam hæc est vera venditio census, non retrouenditio.*

Venditio, & reuenditio non possunt simul stare, ib.

46 *Extraneus non potest compellere creditorem census ad vendendum suum ius, etiam si vtatur iure luendi.*

Non habet locum doctrina Bartol. in d. l. in diem, ff. de aqua pluu. arcend.

47 *Cautela nouiter ab Authore exeogitata, vt sint cōpatibiles antiquitas annui introitus, & extinctio hypothecarum supra ipso constitutarum ab emptore primo.*

48 *Agitur de tertio effectu, prædicti noui contractus.*

49 *Ex vno contractu censesus oritur duplex obligatio, vna primaria, alia secundaria.*

50 *Regula* l. Lucius *limitatur primò ratione nouationis cum repetitione hypothecarum.*

51 *Regula* legis Lucius, ff. qui potiores *secundò limitatur à multis in vsuris, seu interesse legatorum.*

DISPVTATIO XXXV.

Quæ nam requirantur, vt creditor posterior succedat, & subrogetur in locum prioris.

1 IN Duobus locis solemnibus tractant Doctores de hac difficultate *in leg. Aristo 3. ff. quæ res pignor. obligat. possunt, vbi Glossa verb. Pignus, & in leg. 1. Cod. de ijs qui in prior. credit. loc. succed.* & ibi etiam *Glossa verb. Non omni modo.* vltrà alia loca, quæ inferius in discursu referemus. Et distinguunt diuersos casus, in quibus vnus creditor succedit alteri, &, subrogatur in locum illius, vel succedit sibi ipsi, aliquando ad agendum, aliquando ad retinendum, quos oportebit percurrere, vt cognoscatur vis, & effectus hypothecarum.

2 Primus casus, est, quando vnus creditor cedit alteri creditori posteriori, vel extraneo, qui non sit creditor, iura sua & actionem, quam habet contra suum debitorem: nam tunc cessionarius subrogatur, & succedit in locum cedentis in omnibus, & per omnia, *l. emptor 5. C. de hæred. vel act. vendita, vbi Glossa verb. Fungitur, & ibi Cynus in princip. Salicet. num. 1. Alberic. num. 5. & 6. Fulgos. in princip. Paulus numer. 1. l. si cùm pecuniam 3. C. de priuileg. Fisci,* idem *Cynus in l. 1. ante numerum primum, Salicet. numer. 2. Cod. de ijs in prior. cred. loc. succed.* & dicunt omnes *in l. 1. Cod. de action. & obligat. Franciscus Balduinus de pignoribus cap. 19 paulò ante medium, Ponte consil. 6. numer. 10. vol. 1* dixi suprà *hoc tit. disp. 26. num. 1.* vbi alios allegaui. Ad cessionem autem faciendam non requiritur voluntas debitoris cessi, imò eo inuito creditor potest cedere actionem contra ipsum cui voluerint, *l. nominis 3. Cod. de hæred. vel act. vend. l. 1. §. 1. & ibi gloss. verb. Solet, C. de nouation. Gasp. Roder. de annuis redit. lib. 2. q. 17. num. 17.*

3 Secundus casus est, cùm creditor posterior hypothecatius soluit priori creditori hypothecario sine vllo pacto, eo tamen animo, & fine, vt succedat in locum illius vel illo nolente solutionem recipere offerat, deponat, & consignet pecuniam. Hoc casu dicendum est, etiam si primus creditor non cedat actiones suas posteriori isti creditori, istum secundum succedere in locum prioris. Probat *leg. 1. Cod. qui potiores, leg. si prior 4. C. de ijs qui in prior. cred. locum succed. leg. cùm secundus 5. in princip. ff. de distract. pign. l. potior 11. §. vltimo, ff. qui potiores, leg. 34. tit. 13. part. 5. glossa in dict. l. Aristo, & in dict. leg. 1. Cod. de ijs qui in prior. cred. loc. succed. Bart. in dict. l. Aristo, numero primo Cynus in dict. l. 1. in princip. Baldus numer. 1. Salicetus numer. 1. Angelus, Ioann. Faber, Rota nouissima decis. 293. numer. 1. part. 4. Afflictis decis. 259. Cartarius decis. 61 ex numer. 11. Franch. decis. 134. numer. 3. Anton. Faber libr. 8. Codicis, titul. 9. diffinitione 2. num. 3. Negusant. de pignoribus 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 10. & 13. Ponte cons. 87. numer. 1. vol. 1. Thesaurus quæst. forens. lib. 2. q. 30. num. 1. & 2. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. libr. 11. tit. 28. numer. 5. & 8. Barbosa in l. post dotem 41. num. 61. ff. solut. matrim. Gaspar. Rodericus de annuis reditibus libr. 1. q. 14. numer. 21. & libr. 2. quæst. 16. num. 53. Molina de iustit. tractat. 2. tom. 2. disput. 536. num. 17. Anton. de Amato variar. resolut. lib. 1. resolut. 7. numer. 1.* Quamuis videatur aliquantulum discedere *Mudeus de pignerib. tit. quibus mod. pignus, vel hypoth. solui, ex num. 73.* qui ad hanc successionem posterioris creditoris in locum prioris requirit pactum.

4 Tertius casus est, cùm extraneus soluit priori creditori pro debitore. Vocamus extraneum, qui neque sit fideiussor debitoris, neque correus, neque possessor alicuius hypothecæ creditori obligatæ. Isti autem extraneo sic soluenti quamuis creditor si velit, possit actiones suas cedere tamen non potest ipse compellere creditorem, cui soluit ad cedendum, *l. 1. Cod. de contrar. iud. tutel. in primo responso, leg. nulla 5. C. de solut. Bart. in dict. l. Aristo numer. 2. Bald. conf. 190. consilium prædictum, num. 2. vol. 5. Negusantius de pignor. 5. p. princip. membr. 3. 1. part. numer. 42. post Cynum, & Salicetum, Gaspar Rodericus de annuis redit. libr. 2. q. 16. num. 7. & q. 17. n. 6. Anton. de Amato variar. resol. libr. 1. resol. 7. num. 15.* Quod planè deducitur ex *text. in l. inuitum 11. C. de contrah. empt. l. nec emere 16. C. de iur. deliber. l. 3. tit. 5. p. 5. & ibi gloss. 1.* nam cessio facta pro pretio planè est venditio. *Bald. d. conf. 190. Gaspar Roder. d. q. 17. ex num. 16.*

5 Fideiussori, autem, vel correo soluenti pro debitore cogitur creditor actiones cedere, *l. fideiussoribus 17. leg. cùm is qui 36. ff. de fideiussorib. l. 2. l. cùm alter 11. C. eod. titul. Negusant. de pignor. Act. 5. part. membr. 3. 1. part. nu. 32. vers. Tertiò principaliter, cum num. seqq. & num. 35.* dum tamen fideiussor nomine suo soluat, non nomine debitoris, nam sic soluens illum liberabit, & nulla erit actio, quæ cedi possit, *glossa vltima, in l. Papinianus 28. ff. mandati, vbi Alberic. l. 11. tit. 12. part. 5. vbi Gregor. per omnes glossas.*

6 Item tertiò possessori alicuius hypothecæ soluenti cogitur creditor actiones contra debitorem cedere, *l. mulier 20. ff. qui potior. l. cùm possessor 5. in princ. ff. de censibus Negusant. vbi sup. n. 25. & nu. 25. Gasp. Roder. de annuis reditib. libr. 2. q. 16. num. 12. 16. & 33. & q. 17. ex num. 12. Felician. de censib. tom. 1. lib. 3. cap. 2. ex n. 17. & tom. 2.* latè *lib. 3. cap. 2. ex n. 11. Giurba decis. 87. n. 20.*

7 Illud certum est, posse extraneum soluere pro debitore, vt ipsum liberet etiam inuitum, & reluctantem, *l. soluendo 41. ff. de negot. gest. l. solutionem 23. l. si pro me 40. leg. soluere 53. ff. de solut. Negusant. vbi sup. numer. 39. Thuschus lit. S. concl. 340. ex n. 33. & concl. 352. ex numer. 1.* Quod si creditor recuset pecuniam accipere, potest etiam eam deponendo, & consignando debitorem liberare: nam depositum consignatum habet vim solutionis, *l. qui mutuã 56. § fideiussor, ff. mandati, l. debitor 7. ff. de vsuris, l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 9. Cod. de solut. Gaspar Roderic. de annuis reditib. lib. 2. q. 16. num. 3.*

8 Iste autem extraneus sic soluens creditori non succedet in eius locum, aut hypothecam, sed solum consequetur aduersus debitorem actionem personalem negotiorum gestorum, qua poterit illum conuenire ad recuperandum pecuniam pro ipso creditori suo solutam. Notat *gloss. 1. in d. leg. soluendo, Cynus in leg. 1. Cod. de ijs qui in prior. cred. loc. succed. & ibi Bald. num. 1. & Angelus, Salicet. in d. l. Aristo, post Iacobum de Arena, Surd. conf. 183. numer. 17. vol. 2. Franch. decis. 134. num. 8. Amato var. resol. libr. 1. resol. 7. num. 13.* Ratio est quia debitor per hanc solutionem à debito liberatur, & sic omnis obligatio, & actio contra ipsum, quam creditor habebat extinguitur, *l. Modestinus 76. ff. de solut.* ac per consequens sic soluens nullã actionem contra debitorem liberatum consequi potest, sed solum actionem negotiorũ gestorũ ortam ex quasi contractu iuxtà *textum in l. siue pro fratre 3. leg. si filius 12. in secundo responso, C. de negot. gest. §. igitur, Instit. de obligat. quæ ex quasi contract.* Dixi, *sic soluens creditori*, quia si non solueret pro debitore, sed emeret à creditore vendere volente nomen debitoris succederet tanquam cessionarius in omnem actionem, & ius creditoris, vt dixi *suprà num. 2.* & notant *in dict. l. 1. C. de ijs qui in priorum cred. Cynus, Albericus, Angelus, Salicet. Fulgos. Amato variar. resolut. libr. 1. d. resolut. 7. nu. 12.* An verò iste extraneus acquirat ius recentionis, & exceptiones aduersus creditores posteriores volentes auocare rem hypothecatam possessam ab eodem extraneo qui prius debitum ex soluit. Vide *Franch. d. decis. 134.* latè, & optimè disputantem.

9 Vt igitur extraneus soluens pro debitore creditori subrogetur in locum creditori ipsius, & nanciscatur, acquiratque creditoris actiones omnes contra debitorem tam personalem, quàm hypothecariam, interuenire debent pacta, quæ notat *glossa in dict. l. Aristo, & in dict. l. 1. C. de ijs qui in prior. cred. loc. succed.* videlicet. Primò pactum factum cum debitore, vt iste extraneus succedat in locum primi creditoris sua pecunia dimissi. Secundò pactum, vt res, quæ erat primo creditori obligata maneat obligata isti extraneo, & alia, quæ referemus inferius *numer. 12.* quod colligitur ex *textu in dict. l. 1. versiculo Hoc enim*, & ibi tradunt omnes Doctores post glossam *Fabius Capicius Galeota controuer. 56. num. 3. lib. 1.*

10 Quærit tamen *Glossa*, & post illam *Bartolus in dict. leg. Aristo, num. 7. circa finem*, quomodo possit fieri vt iste extraneus succedat in locum prioris creditoris ex pacto facto cum debitore sine creditoris interuentu, & consensu. Respondent id fieri posse, quia primus ille creditor accipiendo pecuniam extranei, videtur in successione illius consentire: successio autem sit lege concedente, quæ vult, & fingit, primum creditorem, cùm illi solutio fit, velle, vt sibi succedatur. Sequuntur eos communiter Doctores, *Negusant. de pignor. 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 45. Franch. decis. 97. numer. 2. & 3. Castill. decis. 98. numer. 5. lib. 1. Molin. de iust. tract. 2. tom. 2. disp. 536. num. 18. Anton. de Amato var. resol. libr. 1. resol. 7. num. 25. & 26.* qui alios allegat.

11 Quartus casus est cùm debitor soluit creditori de sua propria pecunia. Hoc casu debitor consequitur liberationem obligationis suæ, & extinguit omnes actionem tam personalem contra se, quam contra fideiussores, & hypothecariam: & in nullum ius, aut actionem creditoris succedit. Ratio est, quia solutione omnia iura creditoris extinguuntur, *princ. Inst. quib. mod. tollet. obligat.* etiam pignorum, *l. item liberatur 6. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit. l. in omnibus 43. ff. de solut. Petr. Gregor. syntagm. iuris vniuers. libr. 23. cap. 12. num. 1.* ideò debitori cessio fieri non potest, neque per cessionem in ius creditoris succedere, imò neque extraneo soluenti nomine debitoris fit cessio, *l. nulla 5. C. de solut.* neque fideiussori nomine debitoris soluenti, quia tunc perimuntur actiones creditoris, & sic per cessionem nihil potest transferri, aut agi, cùm nulla actio supersuerit *l. Modestinus 76. ff. de solut. l. 11. tit. 12. part. 5. & ibi gloss. vltim. Azo, in summa, C. de fideiussor. num. 13. Glossa celebris in l. Papinianus 28. scholio vltimo, ff. mandati, Gutierr. Allegat. 4. nu. 10. & 11. Felician. de censibus tom. 1. libr. 3. cap. 3. ex num. 6.* qui allegat *Glossam, Dynum, Oldradum, Rainerium, Bart. Albericum, Angel. Imolam, & Paul. de Castro in d. l. Modestinus, Franchis decis. 55. numer. 7. Ponte conf. 82. num. 21. vol. 1.* & dicam iterum *infrà numer. 27. Seraphinus decis. 481. num. 1. Cencius de censibus 2. part. cap. 2. quæst. 2. artic. 5. ex numer. 16. Gasp. Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæst. 16. num. 26. & 52. Surd. conf. 183. num. 17. vol. 2. Negusantius de pignor. 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 43.* qui tamen limitat hanc regulam, non esse cedendum debitori. Item eam limitat *Gaspar Roderic. vbi supra num. 18. & num. 10.* dicit limitata à *Paul. & Alex.* limitat etiam *Bartol. in dict. l. Aristo, num. 3.* item limitatur à *Feli-*

ciano

ciano de censib. tom. 1. libr. 3. cap. 2. numer. 18. §. in qua quæstion. vers. Quinimò, et debitori. Sed limitationes sunt extra rem.

12 Quintus casus est, cùm debitor soluit, non de sua pecunia, sed de pecunia aliena, quam accepit mutuam ab extraneo ad soluendum alicui priori creditori, aut suis creditoribus. Quo casu, vt mutuator subintret in locum prioris creditoris, requiruntur pacta, quæ commemorat *Glossa in dicta l. Aristo*, quæ enumerat quatuor, *& in dicta l. 1. C. de ijs qui in prior. cred. locum succedit*, quæ enumerat tria, sed credo, inter illas nullam esse differentiam, quia in tribus continentur omnia quatuor. Primum est pactum cum debitore, vt bona, quæ sunt obligata creditori remaneat obligata isti extraneo danti debitori pecuniam ad soluendum. Secundum pactum similiter cum debitore, vt extraneus iste succedat in locum primi creditoris, cui soluendum est. Tertium, vt extraneus iste det debitori mutuam pecuniam ad soluendum priori creditori, & pignus liberandum. Quartum requisitum est, vt ipsa pecunia sic mutuata perueniat ad primum creditorem. Quibus interuenientibus extraneus iste, cuius pecunia primus creditor dimissus est, succedit in locum primi creditoris in omnia iura illius, & actiones, in omnibus, & per omnia, ac si haberet cessionem actionum ab ipso creditore, quia ministerio legis transferuntur, quæ potentior est homine, qui potuisset illas per cessionem transferre. Hæc requisita videntur apertè colligi ex *textu in d. l. Aristo, & in d. l. 1. tradunt in d. l. Aristo, Glossa, Bartol. Bald. Albericus, Angel. Salicet. Fulgosius, & in d. leg. 1. Gloss. Albericus, Baldus, Salicetus, Fulgosius, Negusantius de pignoribus 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 45. Franchis decis. 97. ex numer. 2. Anton. Faber libro 8. Codic. titul. 9. diffinit. 2. 3. 4. & 5. Rota nouissima diuersorum, decis. 293. ex num. 3. part. 4. Castillo decis. 98. num. 5. lib. 1. Ponte consil. 6. numer. 2. & 3. & consil. 87. numer. 3. volum. 1. Surdus consil. 444. num. 9. volumin. 3. Camillus de Medicis consil. 165. numer. 2. Afflictis de executionibus, §. 7. capitul. 55. numero 4. Mantica de tacit. & ambiguis conuentionibus libr. 11. tit. 28. numero 16. Gaspar Rodericus de annuis redit. libro 2. quæstion. 16. numer. 50. cum sequentibus, Antonius de Amato variar. resolution. libr. 1. resolut. 7. numero 18. 19. 21. & sequentibus, Fabius Galeotus controuers. 56. n. 31. to. 1.*

13 Qua in re non est omittenda elegans, & verissima adnotatio *Ioan. Francisci de Ponte dict. consil. 87. num. 20. cum sequentibus*, cùm tractator de subrogando extraneo in locum prioris creditoris, ex eo, quod det debitori pecuniam ad soluendum priori creditori, agi de extraneo, qui nô soluit pecuniam creditori debitam, sed pecuniam suam propriam, *vt in l. si ventri 8. §. eorum, ff. de priuileg. credit.* & de debitore, qui alienam pecuniam, non sibi debitam, sed gratis mutuatam creditor soluit. Sed si debitor soluit suo creditori de pecunia sibi prouenienti ex pretio rei à se venditæ, tunc non soluit de pecunia aliena, sed de pecunia propria, vt dicebamus suprà *hoc tit. disput. 28. num. 25. & num. 30. et 31.* & nulla erit successio in iura creditoris, cui ex illa pecunia facta est solutio, iuxta dicta *supra in quarto casu, nu. 11.* quod si extraneus, qui emit à debitore aliquam rem, adiiciat in emptione pactum, vt ex pretio illius rei sibi à debitore venditæ soluatur creditori debitori, tunc non succedet emptor in iura, & actiones creditoris illo pretio dimissi, sed solum acquiret ius retentionis, ut est casus expressus *in l. penultim. C. de ijs qui in prior. cred.* de quo agemus *infrà num. 18. in septimo casu.*

14 Sextus casus est, cùm creditor, qui habet creditum an-

tiquum contra debitorem, vult succedere sibi ipsi, facto nouo contractu cum eodem debitore, & manere in nouo contractu cum eadem prioritate, quam antea habebat. Hoc casu dicendum est, creditorem priorem de nouo contrahentem cum debitore, & nouantem primum contractum posse remanere in nouo cōtractu cum prioritate antiqui, quoad quantitatem per ipsum primum contractum debitam, si repetierit eadem pignora prius obligata in cōtractu antiquo, id est in hoc nouo eadē obligauerit, maximè si adiecerit protestationē, quod intelligatur nouus contractus fieri citrà præiudicium iurium anteriorum primi, & cum reseruatione prioritatis anterioris contractus, ut notat *Castill. dec. 5. n. 5. cum seq. & decis. 17. numer. 35. libr. 1. Mastrill. decis. 40.* nam tunc censetur, creditor sibi ipsi succedere. Ita statuit *text. in leg. creditor 3. in princ. & in l. si prior. 13. in princip. et in l. Titius, vltim. ff. qui potiores.* Notant *in d. l. creditor, Bartol. Baldus, Albericus, Angelus, Salicetus, Fulgos. Ripa in l. priuilegia 6. num. 49. ff. de priuil. cred. Negusantius de pignor. 5. part membr. 2. numer. 13. & 6. part. membr. 3. numer. 7. Balduinus de pignorib. capitul. 19. paulo post medium, & cap. 20. ante medium, vers. ficul. Sed & nouata, Mudeus de pignorib. titul. quib. mod. pignor. vel hypothec. solui numero 76. Parlador. libr. 2. rer. quotidian. cap. final. 1. part. §. 12. numero 55. Gaspar Rodericus de annui redditib. lib. 2. quæst. 16. num. 53. vers. Quartò, quia. & numer. 61. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. numer. 21. & 25. Gratianus discept. forensi. tom. 1. cap. 175. numer. 13. Castillo decision. 17. num. 35. & 36. lib. 1. Marescot. variar. resol. lib. 2. cap. 56. ex num. 18.*

15 His tamen casibus, quibus succeditur creditori sine cessione in ius, & actiones, hypothecasque quas habet ministerio legis eas transferrentis, dubitant Doctores, an actio hypothecaria, & hypotheca ex ista successione legali quæsita, sit illa eadem, quam prior creditor habebat, aut alia diuersa ab illa numero distincta? De actione cessa non est dubium quin sit distincta, quia certum est, apud creditorem manere directam ossibus illius affixam, vt diximus suprà *hoc titul. disput. 26. num. 1.* & ad cessionarium transferri vtilem ex illa deriuatam, quæ diuersæ sunt, vt notant *Scribentes in lege 1. Codic. de act. & obligat.* & ibi tractat *Baldus ex num. 32.* Verùm de ista hypotheca beneficio, & ministerio legis transfusa est quæstio, quam Doctores dicunt, esse de apicibus iuri.

16 *Accursius in d. l. Aristo, verb. Pignus, in fine Scholij*, ait, non esse eandem actionem, quę transfunditur ex primo creditore ministerio legis, quā creditor habebat, nā illa per solutionem sublata fuit, sed esse aliam actionem, per omnia similis naturæ. Idem dixit *in leg. 1. in fine vltimi Scholij, Cod. de is qui in prior. credit. loc. succed.* Glossam sequuntur *Fulgos. in d. l. Aristo, ex num. 9. & Alberic. ibid.* tamen si dubitanter. Idem *Fulgos. in d. l. 1. num. 2. in fin. Gabriel Mudeus de pignor. tit. quib. mod. pign. vel hypothec. solui, numer. 76.*

17 Contrariam tamen sententiam, quinimo hypothecam prioris creditoris, in quam succeditur istis casibus ministerio legis à secundo creditore, uel extraneo, esse eandem illam, quam habebat primus creditor beneficio legis transfusam, quæ cùm sit actio realis, non personalis, potest ab uno in alium transferri, sequutus est *Cynus post Petr. de Bellapertica, et Iacobum de Arena in l. 1. numero 1. Cod. de ijs qui in prior. cred. loc. succed. et ibid. Angel. Albericus num. 2. Salicet. num. 4. Bart. in d. l. Aristo num. 6. Salicet. nu. 4. ff. qua res pignor. obligar. poss. Negusant. de pignor. 5. par. membr.*

V

4 *Salaria exactorum, & Aduocatorum pro vincenda lite, & exigendis debitis ex quibus creditoribus satisfiat, soluuntur ex bonis debitoris cum prælatione.*

DISPVTATIO *XXXII.*

Vtrum creditores ex causa expensarum factarum in bonis debitoris præferantur cæteris?

1 BReuiter respondendum est, creditorem ex causa sumptuum, seu expensarum, quæ factę sunt in beneficium bonorum debitoris, siue ad eorum conseruationem, siue exactionem, & recollectionem fructuum, esse præferendum cæteris creditoribus: & istas expensas esse prius, & ante omnia deducendas, & eo deducto, quod superest, & non amplius censendum est debitoris patrimonium, ex quo eius debita sint soluenda. Probatur ex *textu in l. quod priuilegium 8. in fine, versiculo, Plane sumptus causa, ff. depositi, notat glossa ibi verb. Sumptus causa, Bartol. in l. quantitas 72. numero 1. ff. ad leg. Falcid. Paulus in l. sed si hoc 61. §. quidam non solidum, num. 1. 2. & 3. ff. de conditione & demonstrat. Iason in l. 1. cùm quadam puella 19. §. quoties, ex num. 6. ff. de iurisdict. omnium iudic. & in l. non amplius 26. ex num. 3. ff. de leg. 1. Auendan. de exequend. mandat. 1. par. cap. 17. num. 11. Antonius Faber lib. 8. Codicis, tit. 8. diffinitione 7.*

2 Secundò deinde, quia quemadmodum fructus non dicuntur, nisi qui deductis expensis supersunt, *l. si à patre, vel domino 36. §. fructus, ff. de petition. heredit. l. fundus, qui 51. in principio, ff. famil. erciscund. leg. quod in fructus 46. ff. de vsuris, leg. fructus 7. in principio, ff. soluto matrim.* & nullus casus interuenire potest, quæ hoc genus deductionis impediat. *d. l. fundus, qui. Notant Bald. in l. 1. ex numero 1. Cod. de fruct. & litium expens. Tiraquel. de retract. lignag. §. 15. glossa 1. ex numero 1. Marescot. variarum resolut. libr. 2. cap. 108. ex numer. 1.* & faciunt per me allegata supra, *eodem titulo disputat. 29. num. 16.* ita neque potest videri patrimonium debitoris, nisi quod superest, detractis sumptibus necessarijs ad conseruandam rem familiarem, colligendos, & exigendos fructus. Istę enim expensę ipso iure minuunt patrimonium, sicut expensę necessarię factę in rebus dotalibus minuunt dotem *leg. quod dicitur 5. & ibi Bar. & in l. quod dicitur 15. ff. de impensis in rebus dotal. fact. Afflictis decis. 359. nu. 2.* Ego expendi supra *dicta disp. 29. nu. 9.*

3 Hinc oritur, vt Fiscus sit præferendus creditoribus delinquentis pro expensis factis pro recuperatione, inuentione, & detectione, recollectioneque bonorum eius, quæ cedunt in vtilitatem creditorum, vt dixi *supra, tit. 2. disput. 1. num. 31.*

4 Secundò inde etiam fit, vt salaria Exactorum, imò & Aduocatorum pro vincenda lite, & exigendis debitis, & quibus creditores commodum, & vtilitatem consequuntur, sint soluenda ex bonis debitoris primo loco, & cum prælatione comparatione omnium aliorum creditorum ex eadem æquitate, *l. interdum 5. ff. qui potiores in pign. habeant.* quam expendimus *d. disput. 29. num. 5.* quoniam prædictorum labor, & òpera non solum saluam fecerunt patrimonij causam ex quo creditores satisfaciẽdi sunt, sed etiam ipsum patrimonium acquisierunt, & compararũt, quod cõsiderauit *Ant. Fab. d. definitio 7.* & ideò rectè *Rebuff. tom. 1. in Const. Regi. tractat. de literis obligator. artic. 12. glossa vnica, numer. 8. in fin. ait,* cum pretium bonorum debitoris venditorum traditur creditori, deducendas esse expensas licitationis gratia factas, consentit *Gratian.* qui plura adiungit *tom. 2. disceptat. forens. c. 355. ex num. 27. & cap. 343. ex numer. 1.*

SVMMA DISPVTATIONIS Trigesimatertia.

1 *Proponitur casus.*
2 *Creditores ex reditibus prioris anni præfertur creditori ex reditibus posterioris anni.*
3 *Reditus prioris anni prius cadunt sub hypotheca, quam reditus posterioris anni.*
4 *Non est attendenda antiquas cessionis ad concedendam prælationem creditori redituum prioris anni.*
5 *Quando eadem actio possit duobus cedi, & quis cessionarius sit præferendus, remissiuè.*
6 *Et quid si vnum debitum quantitatium cedatur duobus pro parte, remissiuè.*

DISPVTATIO XXXIII.

Vtrum creditor ex reditibus annui introitus prioris anni præferatur creditori ex reditibus posterioris anni?

1 SÆpissimè contingere potest, vt ex vno, & eodem contractu census, seu annui introitus, constituantur diuersi creditores, respectu vnius, & eiusdem debitoris obligati. Etenim si creditor, & dominus census cedat alicui tertia, seu fructus prioris anni, & alteri tertias posterioris anni, duo isti cessionarij remanebunt creditores debitoris census. Item si census in dotem datus restituatur viduæ post mortem viri, qui esset creditor tertiarum illius anni, quo defunctus fuit; postea autem viduę debentur tertiæ anni viduitatis, remanebunt creditores hæredes mariti pro reditib. anni prioris, atque vidua erit creditrix redituũ posterioris anni. Igitur quoties iste casus cõtingat, dubium erit, quo ordine solui debeat, istis duobus creditoribus ex bonis debitoris non idonei, & quis eorum sit præferendus.

2 Sit conclusio, creditor redituum prioris anni est præferendus creditori redituum posterioris anni. Hanc conclusionem efficaciter probat *textus in leg. insulam 14. ff. qui potiores in pignor. habeant.* qui loquitur in casu pensionis domorum pro primo, & pro secundo, vbi notant 4
Bartolus Bald. Albericus, Angel. Salicet. Fulgos. Francisc. Conanus commentarior. iuris ciuilis, lib. 4. cap. 17. numer. 5. Gabriel Mudeus de pignoribus titulo quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur, numero 74. & 75. & Felicianus de censibus, tomo 2. libro 3. capit. 5. ex num. 2. Costa de portione rata, quæst. 8. num. 6. probant item textus in l. ex pluribus 89. §. vltimo, & in leg. creditor oblatam, §. Valerius, ff. de solution.

3 Rationem reddunt Doctores accomodatam speciei illius textus desumptam ex interpretatione verborum contractus ibidem celebrati, quasi hæc sententia colligatur, *ordo datus in principali debito intelligitur datus in accessorio.* Quæ ratio parum faceret ad prædictam

ctam conclusionem. Quidquid sit, ego existimo, veram rationem esse decidendi in illo textu, & cæteris, & in nostra conclusione, quòd cùm debitum, de quo in illo textu pensionis domorum, & de quo in prædicta conclusione tertiarum, seu redituum, sit hypothecarium, tunc cadit sub hypotheca, cùm incipit deberi, & esse maturum, seu, vt more nostro loquar, cùm cedit dies prædicti debiti. Sed debitum prioris anni prius cedit, quàm debitum secundi anni, seu prius maturantur tertiæ, seu pensiones prioris anni, quàm sequentis. Ergo prius subijcitur hypotheca tertijs, seu pensionibus anni prioris, quam anni sequentis, & ex consequenti succedit regula, vt qui prior sit tempore, potior sit iure, *l. 2. l. si fundum 4. l. diuersis 8. C. qui potiores*, cum similibus, & sic præferendus erit creditor tertiarum, seu pēsionum prioris anni, tanquam prior in hypotheca, quàm creditor pensionum anni posterioris, qui est etiam posterior in hypotheca. Quam rationem, cùm sit clara, & concludens, nullus Doctorum clarè tradidit, quamuis sit magis congruens titulo, sub quo constituitur *d. l. insulam*, quàm illa communiter à Doctoribus reddita.

4 Ex qua etiam colligitur, non esse attendendam antiquitatem cessionis in nostro casu ad concedendam prælationem creditori reditu͂ũ prioris anni, nā etiam si cessio redituū posterioris anni sit tēpore prior, semper cessionarius redituum prioris anni erit in concursu præferendus cessionario redituū anni posterioris. Etenim ad prioritatem in hypotheca, non inspicitur tempus cessionis, sed tempus contracti debiti sub hypotheca.

5 Quando vero eadem actio, seu ius possit duobus cedi, & quis ex diuersis cessionarijs vnius, & eiusdem actionis sit præferendus factis cessionibus duobus, & diuersis temporibus tractant Doctores. De qua difficultate videndus est *textus in l. non quocunque 84. §. qui Caium, & ibi Bartol. ff. de leg. 1. Franchis decis. 75. & eius additiones Cacheranus decis. 63. Ioannes de Grassis tract. de cessione iuris, & actionum, §. 4. numero 7. Felicianus d. tomo 2. de censibus, lib. 3. cap. 5. numer. 1.* & dic, esse præferendum priorem cessionarium.

6 Quid verò sit dicendum, si vnum debitum quantitatiuum cedatur pro parte duobus? Responde duos istos creditores ex vna causa concurrere debere pro rata in bonis debitoris non idonei. Sic resoluit *Felicianus d. cap. 5. num. 2. & Franchis decis. 260.*

SVMMA DISPVTATIONIS Trigesimaquartæ.

DISPVTATIO XXXIV.

Vtrum Fiscus, qui contraxit cum debitore, cuius bona etiam futura erant, iam priori creditori obligata, præferatur anteriori creditori in bonis post contractum, cum eodem Fisco acquisitis à debitore communi?

1 Quoties debitor obligat primò creditori omnia sua bona, quæ habet, quæque habiturus est, & post similiter obligat secundò creditori omnia bona sua præsētia, & futura; primus creditor præfertur secundo, non solum quoad bona, quæ debitor habebat tempore primi contractus, sed etiam quoad bona post secundum contractum quæsita, *leg. vltima in principio. ff. qui potiores in pign. habeant, leg. hac edictali 6. §. omnibus, C. de secund. nupt. l. si ignorante 3. C. de remiss. pignor. Bart. in dict. l. vltima, & in leg. si is, qui 28. numero 2. ff. de iure fisci, Baldus in dict. lege hac edictali, §. his il-*

lud, numero 16. Salicetus in eadem lege in dicto §. omnibus, numero 1. & lege licet 7. numero 4. C. qui potiores Paul. in l. in operis 29. numero 7. ff. locati, Ripa in l. priuilegia 16. numero 16. ff. de priuileg. credit. Pichard. in commentario eiusdem legis, numero 64. inserto in §. quædam actiones 20. institut. de action. Negusant. de pignor. 5. par. membr. 2. numero 5. versiculo, Octauo amplia. & numer. 39. Peregrin. de iure fisci libro 6. tit. 6. unmer. 15. Barbosa in leg. 1. 2. par. numero 12. versic. Et confirmatur, & num. 16. versiculo, Non obstat secundum, ff. soluto matrimonio, Tepat. in compendio variar. tom. 2. tit. 505. cap. 7. colum. 2. versic. In generali hypotheca, Cassan. in Cathalogo gloriæ mundi 12. part. consideratione 99. versic. Secundo extende, Castillo quotidianar. controuers. lib. 3. c. 4. ex num. 18. & quamuis quidam contradi erint, aut dubitauerint, vt *Accurs. in l. idemque 7. §. si tibi, verb. Et Titio, ff. qui potiores, & in l. si is, qui 28. Scholio vltimo, ff. de iure fisci,* iam res hæc est indubitata.

2 Est autem amplianda hæc resolutio, vt procedat non solum si debitor obliget bona sua præsentia, & futura expresse, sed etiam si obliget res suas, aut bona sua generaliter, nihil vlterius exprimendo, nam etiam isto casu censenda sunt hypothecata omnia debitoris bona, tam præsentia, quàm futura, ex noua Iustiniani constitutione in *leg. si quis vltima, C. quæ res pignori obligari possint,* hoc itaq; regulariter seruandum est.

3 Hæc tamen regula limitanda est fauore fisci, nam si quis postquam contraxit cum primo creditore, obligans ei omnia sua bona, quę habet, queque habiturus est, contraxerit cum fisco, vel expresse obligans omnia bona præsentia, & futura, vel tacitè: isto casu in bonis post contractum fisci quæsitis à debitore, fiscus præfertur anteriori creditori. Dixi, vel tacite, quoniam fiscus ex omni cōtractu tametsi, nihil dicatur de bonorum contrahētis obligatione, habet tacitā hypothecatam in eius bonis, *l. aufertur 46. §. Fiscus ff. de iure fisci, l. 2. & 3. C. de priuileg. fisci l. 1. & 2. C. in quibus caus. pign. tacit. contrah. Negusantius de pignor. 2. part. membr. 4. numero 113. Peregrin. de iure fisci, lib. 6. tit. 6. numero 1. Alfaro de offic. fiscal. gloss. 34. §. 5. numer. 116. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 18. num. 4. et per totum.* Hypotheca autem tacita complectitur omnia bona præsentia, & futura, *l. si cum pecuniam 3. C. de priuileg. fisci, d. l. hac edictali 6. §. omnib. Cod. de secund. nupt. vbi Bald. in § his illud, num. 15. Roman. singulari 147. Ripa in l. 1. num. 3. in fin. versic. Ampliatur secundo ff. de pignorib. Afflict. decis. 335. num. 2. Negusantius vbi sup. num. 21. & 22. Couarru. practic. cap. 29. num. 4.* de iure Castellæ *l. 17. in fin. tit. 11. par. 4.*

4 Hanc limitationem probat textus singularis *in leg. si is qui 28. ff. de iure fisci, vbi Bartolus* tradit, & omnes Scribentes, & *in l. vlt. ff. qui potiores in pign. habeant. Salicet. in l. si in te 7. numer. 8. Paulus numer. 4. Codic. de priuil. Fisci, Francisc. Lucanus de Fisco, & eius priuilegiis, 1. par. num. 84. Bossius diuersor. tractat. tit. de Fisco, & priuilegijs eius numero 24. Negusantius de pignorib. 5. part. membr. 2. numer. 11. & numer. 32. versic. Vigesimo fallit. & num. 42. Capicius decis. 129. num. 12. Gregor. Lopez in gloss. 4. in l. 33. titul. 13. par. 5. Couarr. variar. lib. 1. cap. 16. numer. 2. vers. His suffragatur. Gutierrez libr. 3. practicar. quæst. 100. num. 11. Felicianus de census. tom. 1. lib. 3. cap. 5. num. 13. & tom. 2. libr. 3. cap. 5. num. 28. (Gesp. Roder. de annuis reddit. lib. 2. quæst. 19. num. 7.) Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib. 11. tit. 25. ex numer. 6. Peregrin. de iure Fisc. lib. 6. tit. 6. numer. 15. Alfaro de offic. fiscal. glossa 16. priuileg. 23. num. 105. & gloss. 3. 4. §. 5. num. 126. Thesaur. liter. F. conclus. 383. ex num. 26. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. num. 12. Barbosa in l. 1. 2. par. nu. 12. ff. solut. matrimon. Francisc. Conanus commentar. iur. ciuil. libr. 4. capit. 7. ex numero 7. Castillo quotid. controuers. lib. 3. cap. 4. ex numero 16. Asinius tractat. de executionib. §. 7. cap. 25. ex num. 1. Petrus Vanderauus de priuil. credit. cap. 2. ad finem, Gabriel. Mudeus de pignorib. & hypothecis, tit. quibus modis pign. vel hypotheca soluit numer. 111. & 112. cum sequent. Fachineus lib. 10. controuers. iur. cap. 33. versic. Secundum argumentum, Anton. Faber coniectur. lib. 2. cap. 10. Cuiacius obseru. lib. 10. capit. 22. Balduin. de pignorib. capitul. 19. Iulius Pacius legum conciliatarum centur. 5. quæst. 29. Nicolaus Genua in conciliatione legum ad l. si is quis mihi, ff. de iur. Fisc. fol. mihi 334. Tapia Iuris Neapolit. lib. 2. rub. 1. ad Constit. Officia, quæ personis, num. 11. pag. 126.*

5 Illud ramen constitutum est apud omnes absque controuersia, priorem creditorem priuatum in rebus acquisitis à debitore post contractum primum cum ipso initum, antequam ipsemet debitor cum Fisco contrahat, esse Fisco præferendum.

6 Huic tamen solemni limitationi obstat vrgentissimè *text. in l. Titius vltima, in princ. ff. qui potiores in pignor. habeant.* cuius verba sunt; *Titius Seiæ ob summam, quæ ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia bona sua quæ habebat, quæque habiturus esset; posteà mutuatus à Fisco pecuniam pignori ei res suas obligauit: & intulit Seia partem debiti, & reliquam summam nouatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, vt suprà de pignore conuenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit Fisco & illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in ijs rebus, quas post priorem obligationem acquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur. Respondit, nihil proponi, cur non sit præferenda.* Et Author eius legis est Seruidius Sceuola. Vbi vides, priuatum præferri Fisco in bonis quæsitis à debitore post contractum Fisci, contra apertam diffinitionem *Vlpiani in dict. l. si is qui 28. ff. de iure Fisci.*

7 Huius antinomiæ conciliandæ causa multa sunt excogitata, multa sunt scripta à DD. *Accursius in vtroque loco,* videtur omnia retigisse, & indicasse: sed alijs alia via ex istis inuentis placuit, vt omnes videantur omninò ab aliis recessisse. Eorum sententias copiosius retulit, & congessit *Nicolaus Genua vbi suprà.*

8 *Hugo Donellus tractat. de pignorib. cap. 12.* sequutus *Salicetum in d. l. Titius, num. 2. ff. qui potiores,* quam tamen non refert, vitio ipsi communi neque *Accursium*, originalem Authorem, sic conciliat istos duos textus, qui videntur inter se dissidere. Primum statuit, priorem creditorem, qui habet bona pręsētia, & futura sui debitoris obligata; præferri debere in omnibus tam habitis tempore contractus, quam in omnibus post quæsitis, secundo creditori posteà contrahenti, siue sit priuatus, siue Fiscus, & hanc regulam, quam tradidimus *suprà numer.* 1. esse vniuersim veram sine vlla exceptione. Itaque negat limitationem propositam, & Fisci priuilegium, aut specialitatem in hoc articulo. Respondet verò facillimè ad *textu in d. l. si is qui ff de iure Fisci,* cuius verba sunt; *Si is mihi obligauerat, quæ habet, habiturusque esset cum Fisco contraxerit, sciendum est, in re posteà acquisita Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, prævenit enim causam pignoris Fiscus.* Ait Donellus, *verb. Contraxerit,* quod in hac lege reperitur, non esse de futuro, sed de præterito. Ita vt casus illius textus sic proponatur, si is, qui obligat omnia bona sua præsentia, & futura alicui creditori, iam antè cum Fisco contraxerit, Fiscum in re posteà quæsita potiorē esse debere. Papinianus respondit, quod

&

& constitutum est, præuenit enim causam pignoris Fiscus. Hanc autem constitutionem, credit *Donellus* esse *legem secundam* (nam credo, mendum Typographi fuisse) *leg. 1. C. de priuileg. Fisci*, vbi statuitur, si Fiscus contraxit ante dotem, Fiscum potiorem esse, & ius Fisci causam dotis præuenisse.

9 Quòd si quis objiciat *Donello*, iuxta eam interpretationem *d. l. si is qui*, non solum non continere specialitatem fauore Fisci, sed neque potuisse habere rationem dubitandi imò responsum fuisse de indubitabili, contra *text. in l. quod Labeo 9. ff. de Carbon. edicto*. Respondet, in eo responso eandem fuisse rationem dubitandi quæ occurit in quolibet priuato creditore antiquiore, qui habeat obligata bona sui debitoris præsentia, & futura. Nam si secūdus creditor similiter habeat obligata eiusdem creditoris bona, occurrit magna ratio dubitandi, an sit præferendus primus secundo in bonis futuris, seu denuò quæsitis. Quoniam obligatio sic concepta, est conditionalis, videlicet, si debitor acquisierit de nouo aliqua bona (quod considerauit *Fulgosius in dict. l. vltima, in principio, numer. 2. ff. qui potiores*) & conditio vno, & eodem tempore impletur, tam respectu primi, quam respectu secundi creditoris, tempore, inquam, nouæ acquisitionis bonorum & sic neuter ex istis videbatur, alteri præferendus, sed simul debere concurrere, cùm pares sint in hypotheca, & vno, & eodem tempore fauore vtriusque sit contracta, *l. idemque 7. §. si tibi, ff. qui potiores*. At contrarium respondet Vlpianus, Fiscum, qui primus contraxit, præuenire causam pignoris, quia nō est respiciendum tempus, quo actu acquiritur dominium à debitore, & hypotheca contrahitur, sed tempus contractus, ex quo pignus originem ducit, vt rectè considerat *Salicetus in l. licet 7. numer. 4. & in l. assiduis 12. num. 4. C. qui potiores, & Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus libr. 11. titul. 25. num. 8.* & idem responderet *Vlpianus* de creditore priuato, quia hic nihil speciale in Fisco reperitur. Præuenire enim causam pignoris, est occupare causam pignoris, seu in illo accipiendo priorem esse, vt in *l. 2. C. qui potiores*.

10 In hac interpretatione illud difficultatis occurit, quòd in *text. dict. l. si is quis*, si spectemus rigorem literę, prius videtur obligasse debitor bona præsentia, & futura priuato, quàm cum Fisco contraheret, quia verbum illud, *Obligauerat*, est præteriti plusquam perfecti, & significat tempus anterius tempori illi, quod significatur per verbum *Contraxerit*, quod est verbum præteriti perfecti; & sic semper significatur præcisse obligatio priuati obligationem Fisci. Quòd si stemus huic rigori literali, resurgit in textu eadem difficultas, quam omnes sentiunt. Deinde quoniam si eam interpretationem approbemus, recedendum esset à communissima sententia Doctorum omnium, excepto solo ferè *Donello*, quibus iam inde ab antiquis temporibus persuasum est, hoc esse Fisci priuilegium, vt præferatur prioribus creditoribus in bonis debitoris acquisitis post contractum, cum ipsomet Fisco celebratum. Durum autem esset hac in re contra Fiscum, qui pro se habet omnium Doctorum placitum, & communem iudiciorum vsum iudicare, & à tot hominum ferè in controuersia sententia deuiare, & discedere.

11 Aliter conciliat prædictas leges *Gabriel Mudeus de pignorib. tit. quib. mod. pign. vel hypothec. soluitur, num. 115.* sequutus eundem *Salicetum in d. l. Titius 22. numer. 3. in fin. ff. qui potiores*, vt differentia decisionis huius legis à decisione, *l. si is qui, ff. de iure Fisci*, oriatur ex diuersitate facti. Nam *in dict. l. Titius*, debitor obligauit Seię creditrici priuatæ omnia bona sua, quæ habebat, habiturusque esset Fisco autem obligauerat res suas. Iste verò duę obligationum formæ iuxta illud tempus erant diuersæ. Nam qui eo tempore obligabat res suas, non censebatur obligare bona futura, sed solum presentia, donec Iustinianus statuit in *l. vlt. C. quæ res pign. obligar. poss.* obligātes res suas censeri obligare bona præsentia, & futura. Ita in specie *d. l. Titius*, cùm bona futura non essent Fisco obligata, mirum non erat. Seiam priuatam creditricem præferri Fisco in bonis futuris, cùm in illis non tam potior, quā sola inueniretur. In specie verò *d. l. si is qui, ff. de iur. Fisc.* debitor contraxerat cum Fisco, & eum priuato, vtrique obligans bona sua præsentia, & futura: & concurrens Fiscus priuilegiatus cum priuato, non priuilegiato eodem tempore in hypotheca futurorum bonorum Fiscus præuenit causam pignoris, id est censetur ob priuilegium suum prius contrahere pignus, quàm creditor priuatus.

12 Sed in hac interpretatione ille restat scrupulus, qui eam facit improbabilem, quoniam sub quacunque forma congerit cum Fisco debitor priuatus, & quamuis non expresse obligauerit bona futura, & præsentia, Fiscus habet tacitam hypothecam in bonis sui debitoris, & secum contrahentis, quæ extenditur ad bona præsentia, & futura, iuxta dicta *suprà num. 3.* & sic in specie *dict. l. Titius*, Fiscus habebat obligata bona præsentia, & futura debitoris communis, si non ex verbis contractus, ex priuilegio tacitæ hypothecę, & nihilominus. Sceuola respondit, præferri Fisco creditorem priuatum in bonis etiam futuris communis debitoris, quæ vtrique creditori erant obligata.

13 *Accursius in dict. l. Titius, vltima verbo Præferenda, ff. qui potiores*, affert aliā concordiam, & est vltima interpretatio ibi relata, quam ap probant *Cuiacius, & Iulius Pacius*, videlicet eùm ibi fiat mentio trium contractum debitoris, primi cum priuato, in quo erant obligata omnia bona præsentia, & futura, secundi cum Fisco tertij nouationis cum eodem priuato: Respondeat Iurisconsultus, priuatum Fisco præferri in bonis post primum contractum quæsitis, intellige tamen ante secundum contractum cum Fisco initum. Non enim declarat ibi I.C. res quæsitas à debitore post contractum Fisci, sed quæsitas à debitore post primum contractum in cuius locum per tertium contractum succedit sibi ipsi priuatus vt contingit facta etiam nouatione cum pignora repetuntur; *l. creditor. 3. in princip. leg. si prior 13. in princip. ff. qui potiores*, & sic *dict. l. vltima*, nihil continet contrarium, *d. l. si is qui*.

14 Omittimus cæteras concordias, quibus vtuntur idem *Accursius* qui omnes excogitauit, & *Bart.* & hos sequuti cæteri Doctores, & quas tradunt *Conanus, & Anton. Faber* cum multiloquio, & alij. Ego verò cogitabam nouam, quæ forsan plus placebit. Prædicta *l. Titius, vltima, ff. qui potiores*, authorem habuit Seruidium Sceuolam I.C. qui floruit temporibus Imperatoris Marci Antonini Philosophi, & fuit Magister Papiniani, vt referunt *Aymarus Rinalius in historia iuris ciuilis, libr. 5. numer. 23. & Valentinus Forsterius historia Iuris ciuilis, libr. 2. in Seruidio Sceuola*. Hoc verò imperium cœpit anno ab vrbe condita 913. & durauit ad annum 928. seu ab anno Christi 162. ad annum 177. iuxta *Fastos Consulares Antonij Contij*, seu, vt alij volunt *Gregorij Aloandri*, aut quisquis est alterius Authoris, qui inueniuntur in libro Codicis. Papinianus discipulos Seruidij Sceuolæ floruit sub Sept. Seuero Imperatore, & Antonino Caracalla, seu Bassiano ejus filio, a quo Papinianus dicitur occisus, notat prædicti *Aymarus* Ri-

Riualius d.libr.5.num.26. & Forsterus d.libr.2.in Æmilio Papiniano. Imperium Seueri cœpit anno ab vrbe condita 946.Christi 195. durauit ad annum vrbis 963. Christi 212.Imperium Antonini cœpit ab anno vrbis 964.Christi 213.Vlpianus verò Author, *d.l.si is qui, ff.de iure Fisci*, discipulus Æmilij Papiniani, & condiscipulus Pauli, floruit sub Imperio Alexandri Seueri, quod cæpit anno vrbis 975.Christi 224.vt prædicti *Aymarus Riualius, & Valentinus*, iunctis Fastis Consularibus adnotarunt. Igitur vt veniamus ad antinomiam, Seruidius Sceuola respondit de iure indubitato iuxta sua tempora, in quibus seruabatur antiquæ regula, vt qui prior esset tempore potior esset iure idque tam quoad bona debitoris habita tempore contractus, quàm quoad post quæsita sine vlla exceptione, quia eo tempore Fiscus nihil habebat speciale. Postea verò Papinianus recentior Iurisconsultus, vt erat acutus considerans in Fisco specialem rationem cur in bonis futuris esset præferendus, quia nempè concurrentibus eodem temporis momento Fisco, & priuato creditore in contrahenda hypotheca, videlicet acquisitione noua bonorum post contractum Fisci quæsitorum, postulabat priuilegium Fisci, vt Fiscus præferretur creditori tẽpore contractæ hypothecæ pari, prærogatiuæ verò impari, & minori; respondit limitata regula iuris antiqui ob rationem, quæ forsan Sceuolæ non occurrit, Fiscum esse præferendum. Hoc autẽ Papiniani responsum causam dedit, cur Imperator sequutus tanti Iurisconsulti sententiã, & in tam supremo loco constituti, constitutione peculiari lata expresse hoc priuilegium Fisco tribueret, quod antiquo iure fuerat omissum, & totum hoc colligitur ex prædicta *Vlpiani leg.si is qui 28.ff.de iur.Fisci*, vbi dixit *Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, præuenit enim causam pignoris Fiscus.* Agnoscit post responsum Papiniani nouam constitutionem, quæ non fuerat tempore Seruidij Sceuolæ. Neque nouum est, multa eiusmodi relicta fuisse à Tribomano, qui dum coacervauit ex Iurisconsultorum respõsis ius ciuile, quod habemus in Digestis, plurima indigesta reliquit, adiungendo ius nouum cum iure antiquo, iam per recentiores cõstitutiones correcto, aut limitato, & sic sæpius dicũt Doctores, hoc erat de iure Digestorum, hoc de iure Codicis, sic similiter contingit in Digestis, vt quædam constituta sint de antiquiore iure Digestorum, alia de iure Digestorum recentiori.

15 Quidquid sit, illud certò statuendum est, & firmissimè tenendum, in quo omnes, nullo ferè dempto conueniunt, Fiscum habere priuilegium, vt in rebus post suum contractum à debitore quæsitis præferatur anterioribus creditoribus. Ratio huius priuilegij, quæ communiter redditur à Doctoribus, & potest desumi ex latè traditis à *Saliceto in l.licèt 7.numer.4.& in l.assiduis 12.num.4.Cod.qui potiores*, & quam suprà significauimus (omissa ea, quam cum multiloquio, & se satis intricans reddit Conanus) est, quoniam cum res nouiter quæsita à debitore communi contrahit hypothecam, id est eodem ipso momento temporis, quo acquiritur, simul concurrunt creditor priuatus ratione sui contractus anterioris, & Fiscus ratione sui cõtractus posterioris, sed cum priuilegio. In hoc verò concursu duorum creditorum, tempore parium (non enim respiciendum est tempus contractus, quia hic nulla est retrotractio, vt adnotauit *Salicetus vbi suprà, & Conanus comment.iur.ciuil.titul.4.capit.17.numer.9.& Mantica de tacit.& ambig.conuent.libr.11.titul.25.numer.5.* quamuis contra senserunt *Negusant.de pignor.5.parte membr.2.num.39.40.& 41.*) sed tempus ipsum contractæ hypothecæ, quod vnum, & idem est respectu vtriusque creditoris) inæqualium verò quoad priuilegium, quia solus Fiscus priuilegio gaudet vincit Fiscus creditor priuilegiatus, & fingitur præuenisse hypothecam, quia debet præferri omnibus, qui ante ipsum hypothecam non acquisierunt. Quæ eadem ratio mouere potuit Papinianum, vt limitata regula iuris antiqui respõderet quod refert *Vlpianus in d.l.si is qui*, & Imperatorem, vt iuxta prædictum Papiniani responsum nouam constitutionem ederet, vt in eadem lege refertur.

16 Vtrum autem hoc priuilegium Fisci extendatur ad dotem, & mulier repetens dotem ab hæredibus mariti in concursu aliorum creditorum sit præferẽda anterioribus, in bonis post contractum dotis à marito quæsitis, res est controuersa, alijs affirmantibus, alijs negantibus. Vide *Barbos.in l.1.2.p.ex num.17.ff.solut.matrim.Gutierrez libr.3.pract.q.100.ex num.11.& num.18. Asinium de executionib.§.7.c.25.ex numer.4.Castillo quotid.controu.libr.3.cap.4.ex num.20.* qui multos alios allegant de hac difficultate tractantes.

17 Sublimita verò limitationem prædictam, vt hoc Fisci priuilegium, videlicet prælatio in bonis nouiter quæsitis locum non habeat, si creditor anterior Fisco sit priuilegiatus, vt si esset dos. Nam dos anterior preferretur Fisco, etiam in bonis quæsitis post Fisci contractum, prædicto Fisci priuilegio non obstante. Hanc sublimitationem tradunt *Bartholomæus Socin.in l.1.numer.17.ff.solut.matrim. Negusantius de pignoribus 2.parte membr.4.ex num.108.& 5.part.membr.2.num.32.versic.Limita tamen. Socin.Iunior consil.10.numer.27.3.part.Capicius decis.129.numer.12.Barbosa in d.l.1.2.part.num.22.vers.Similiter & priuilegium Fisci, & numer.23.vers.Et ideò melius, ff.solut.matrim.Gutierrez libr.3.pract.dict.q.100.numer.12.13.& 14.Mantica de tacit.& amb.conuention.lib.11.tit.25.num.9.10.& 11.Castillo quotid.controuersiar.d.libr.3.cap.4.numer.24.* Ratio sublimitationis est, quam tradunt communiter Doctores post *Bart.in d.l.Titius, vltima, ff.qui potiores, in d.l.si is qui 28.in principio ante numer.1.* quoniam tunc secundus creditor præfertur priori in bonis quæsitis post contractum secundi creditoris, quando secundus est priuilegiatus, & non est priuilegiatus primus. Nam tunc primus creditor non habet pro se nisi prioritatem temporis contractus, & in tempore contractæ hypothecæ concurrit cum secundò, qui ratione sui priuilegij præuenit causam pignoris; at quando prior habet non solum prioritatem temporis sed etiam priuilegium, præfertur secundo in bonis posteà quæsitis, quia quoad priuilegiũ, & tempus contractæ hypothecæ pares sunt, at prior quoad prioritatem temporis contractus præcellit, vt contingit in *dict.l.vltima, ff.qui potiores*, vbi prior creditrix Seia erat priuilegiata, quia erat creditrix ex tutela, & sic præfertur Fisco. Succedit enim regula, vt priuilegiatus aduersus pariter priuilegiatum non vtatur priuilegio suo, *l.sed & milites 8.in princip.ff.de excusat.tutor.* & dixi suprà *disp.31.n.2.in fin.*

18 Sed cui incumbet probatio, an bona sint quæsita post contractum Fisci vel ante; an Fisco, an creditori priuato? Respondendum est, si prior creditor agit contra Fiscum, ipse debet probare, bona esse quæsita ante contractum Fisci: si verò Fiscus agit contra priorem creditorem priuatum, ipse debet probare, bona esse postea quæsita: & ei, qui se fundat in prioritate, aut posterioritate incumbit probatio. Quoniam vnusquisque tenetur probare fundamentum suæ intentionis, *§.non solum, Inst.de legat.l.2.leg.ab ea parte 5.l.verius 21.ff.de probat.Pacianus*

cianus de probation.libr.1.cap.7.& seqq.cap.16.& seqq.cap.51.& seqq.& fere per totum librum. Ita respondet *Bartol. in dict.l.si is qui 28.numer.3.ff.de iure Fisci*, & illum sequutus *Negusantius de pignorib.5. part. membr.8.num.33. Mantica de tacit. & ambig. conuentionibus libr.11.tit.25.ex numer.14.*

19 Hucusque dixerunt omnes; sed omiserunt difficultatem frequentissimè in iudicijs occurrentem, quam nullum vidi tetigisse, seu quia de ea non dubitauerint, seu quia menti non occurrit: at ex eius prætermissione orti sunt magni, & multum noxij errores: habiti pro veritate indubitata in practica.

20 Difficultas autem est, an Fiscus, cui omnes concedunt prælationem in bonis post suum contractum quæsitis sit præferendus in fructibus post suum contractum profectis ex bonis debitoris obligatis, tam Fisco, quàm alijs prioribus creditoribus?

21 Respondendum est affirmatiuè, nempè Fiscum præferendum esse creditoribus anterioribus in fructibus hypothecarum natis, & prouentionibus, seu acquisitis post suum contractum: Idque seruandum esse quoad omnes fructus naturales, industriales, & ciuiles. Probatur argumento efficacissimo, quod nullam solutionem habere potest. Quoniam Fiscus præfertur creditoribus anterioribus in bonis posteà quæsitis à debitore communi, *d. l.si is qui 28.ff. de iure Fisci*, secundùm communem interpretationem omnium Doctorum. Sed fructus hypothecarum nati post contractum Fisci, sunt bona posteà quæsita à debitore. Ergo in illis præferendus est Fiscus anterioribus creditoribus. Minor probatur, quoniam fructus sunt bona distincta ab hypothecis capitalibus, ex quibus oriuntur, *l.in prædijs 7.ff.in quibus causis pig. tacit. contrah.* vbi pignus, seu hypotheca contrahitur in fructibus fundi locati fauore domini, fundi, in quo tanquam in re propria dominus non potest habere hypothecam, *l.neque pignus 45.ff.de regul.iur.* & si agamus de fructibus naturalibus, certum est, distingui à rebus, ex quibus nascuntur, vt foetus à grege, vites ab vuis, oliua ab oleis, & vniuersim causæ ab effectibus: in alijs item planum est, pensionem domus distingui à domo, reditum census à capitali census, & fructus officij, aut beneficij ab officio, & beneficio ipso. Ergo cum isti fructus oriuntur, & promanant à capitali, noniter quæruntur à domino capitalis: non enim erant acquisiti, antequam exorirentur, & prouenirent à capitalibus ipsis: & quod est consequens, isti fructus erunt bona nouiter quęsita, super quibus tempore ortus, & acquisitionis cadet hypotheca Fisci priuilegiata, ex qua prouenit prælatio inter ceteros creditores, etiam priores & præuentio causæ pignoris, vt supra explicauimus.

22 Esse autem fructus bona nouiter, seu posteà quæsita, præter quam, quod constat naturali ratione, quæ omni authoritate præualet, *l.scire oportet 15. §.sufficit, ff. de excusat.tut.* docuerunt *Alexandr.in l.si constante 25.in princip.numer.38.Barbosa numer. 47.in fin.ff.solut.matrim.* Item ex eo probatur, quòd fructus dotis lucratur maritus, cùm proprietatem dotis non lucretur, *l. dotis fructus 8. ff.de iur. dot.* Deinde de iure Castellæ cùm statutum sit, vt lucra seu bona quæsita constante matrimonio communicentur inter coniuges, *l.2.tit.9.libr.5.Recopil.* statutum etiam est, vt fructus bonorum, quorum proprietas ad alterum ex coniugibus expectat, inter coniuges communicentur tanquam bona superlucrata, & nouiter quæsita; vt statuitur *in l.4.& l.5.d.titul.9.libr.5. Recopil.* notarunt *Ioannes Lupus in Rubric.§.62.num.9.in fin.& numer.10.& seqq.& §.63.& 64. de donation.inter. Matienz in d.leg.4. gloss.1.ex num.1.& in d.l.5.glossi.5. Azeued.in d.l.2.ex numer.17.et in d.l.4.ex num.1.* vbi ait, quod nomine acquæstus illa comprehenduntur, quę ex industria alicuius opera, vel solertia acquiruntur, *l.quæstus 8.ff. pro socio*, & acquirere est idem, quod lucrari, *capit.ex transmissa 23. cap.Pastoralis 28.de decim..Ancharran. consi.102. contra dictam donationem ex num.1.in specie num. 5.* & in dicto consilio proculdubio loquitur de legibus Castellæ, & acquirere est propriè dominium rerum nancisci. *Caluinus in lexico, verb.Acquirere*. Dubium verò non est, quin debitor nanciscantur de nouo dominium fructuum, *§. item ea quæ ex animalibus, §.si quis à non domino, §. in pecudum, Inst.de rer.diuis.et hac loca Pichardus*. Itaque fructus propriissimè sunt, & dicuntur bona nouiter quæsita, ac per consequens necessario cadunt sub priuilegio Fisci, vt quoniam tempore acquisitionis, id est simulatque nati sunt, aut concepti, & diuisi natura à capitalibus, quo tempore cadunt sub dominio debitoris, atque item sub hypotheca creditorum, tam priuatorum, quàm Fisci, qui simul concurrunt in contractione pignoris priuatis quidē sine priuilegio, Fiscus verò cum priuilegio pręuenit causam pignoris Fiscus, & in eis tanquam in bonis nouiter quæsitis erit præferendus omnibus priuatis creditoribus anterioribus.

23 Neque obstat, quòd id fructibus contrahatur hypotheca legalis, qua tacitè censentur hypothecati creditori, qui hypothecata est hypotheca capitalis, à qua proueniunt, *l.si conuenerit 18. §.si fundus ff.de pignor.act.l. grege 13.ff.de pignorib.l.quamuis 3.C.in quib.caus.pign.tacit. contrah.* vbi *Salicet.numer.2.l.in prædijs 7.ff.eod.tit. Gregor. Lopez in l.14.tit.13.part.5.glos.7. Negusantius de pignoribus 2.part.membr.2.ex num.25.et membr.4.ex num.147.Francisc.Marcus decis.715.2.part.Mantica de tacit.et ambig.conuent.lib.1.tit.5.num.7.Molina de iustitia, tract.2.tom.2.disput.529.nu.5.Federic.Martini de iure censuum, cap. vlt.nu. 20.et 21.Tusch.lit.H.conc.129.n.25.Mozius de contractibus tract.de pignorib.et hypothec.tit.de naturalib.pigno.et hypoth. num.15.*

24 Non, inquam, obstat, nam quamuis creditor anterior, cui obligata sunt omnia debitoris bona, tam præsentia, quàm futura, acquirat in fructibus eorum bonorum cùm exoriuntur hypothecam conuentionalem ex suo contractu, & tacitam legalem iuxta predictam *l. quamuis*, cum concordantibus. Fiscus etiam acquirit in eisdem fructibus, & eodem tempore hypothecam conuentionalem ex suo contractu, & tacitam legalem, quia prædium, ex quo fructus nascuntur similiter est ipsi obligatū, & quoad hoc Fiscus; & priuatus creditor pares sunt; at Fiscus habet hypothecam priuilegiatam, per quam vincit omnes creditores non priuilegiatos in rebus quæsitis post suum contractum, quia censetur præuenire causam pignoris.

25 Hæc tamen resolutio limitanda est, vt non procedat, & Fiscus non sit præferendus in fructibus ortis ex hypothecis Fisco obligatis, quoties hypotheca Fisco, obligata fuerit alienata, & extra dominium debitoris, & fructus producti nati fuerint apud dominum qui non sit debitor Fisci: quoniam tunc quemadmodum fructus hypothecæ eo tempore nati, & recollecti sunt extra patrimonium, & dominium debitoris Fisci: ita non subijciuntur hypothecę fiscali ac per consequens in eis, vtpotè in quibus nullum ius habet, & quæ non queruntur debitori Fisci, non erit præferendus Fiscus. Tamdiu enim fructus pignoris censentur tacitè hypothecati creditori, quamdiu

dit, & donec hypotheca manet sub dominio debitoris: cum verò pignus alienatur, & exit extra patrimonium, & dominium debitoris, fructus remanent liberi à nexu, & vinculo pignoris taciti, *l.Paulus 29. §.si mancipia, vbi Salicet.ff.de pignorib.Gloss.in verbo Vtendi fruendi, in l.potior 11.§.si de futura, vbi Bart. et Salicet.ff. qui potiores in pign. habeant.gloss.in l.1.§.cum prædium, verb. Nunquam debitoris, per textum ibi, ff.de pignoribus Gloss.*notatu digna *in leg. 1.verb.Placuit, C. de partu pignor. et omni caus. vbi Cynus, et Salicet. Negusant. de pignor.5. part.membr. 2.numer. 32. Merlinus controuers.forens.capit.24.numer.5.Surd.decis.97. num.12.Gaitus de credito, cap.4.quæsito 7.numer.416. Visconte in conclusionibus iuris,liter.F.verb.Fructus futuri,Francisc.Niger Cyriacus controuers.forens.libr.3. controuers.490. ex num.49.Sesse decis.87.ex num.5.Hæua Volano in Curia Philippica, 2.part.lib.2.cap.3.numer.13.Gabriel Mudeus de pignoribus, tit.de pignorum fructu, partu, causa qualibet, accessione, et mutatione, ex num.19.*vbi ait, in obligatione fructuum eam inesse conditionem, non solum si nascantur, sed etiam si nascantur debitori.

26 Itaque ex prædictis fit, vt quoties in concursu creditorum, in quo interuenit Fiscus, vno vel pluribus petentibus, sequestrantur bona debitoris hypothecata, & obligata omnibus in fructibus bonorum sequestratorum antequam vendantur, & transferantur in tertium, tanquam in bonis postea quæsitis, Fiscus sit præferendus omnibus creditoribus anterioribus non priuilegiatis. In qua re video sæpè sæpius erratum cum magno Fisci damno non attento eius priuilegio. Ego verò sæpius hanc sententiam practicaui, & iuxta eam diffiniui multas causas Fiscales, quarum spatio multorum annorum Iudex fui, Sed in hoc Regno, imò & doctissimo cuidam viro visa est doctrina noua, & inaudita, vt sciamus, neminem esse, cui multa noua non videantur, quę non sunt noua.

SVMMA DISPVTATIONIS.
Trigesimaquinta.

1 *Vbi Doctores tractent de subrogatione posterioris creditoris in locum prioris.*
2 *Cùm creditor credit actiones suas, cessionarius subrogatur in locum cedentis.*
3 *Cùm creditor posterior soluit priori eo fine, vt in eius locum subrogetur, etiam si nullum fiat pactum, subrogatur in locum prioris.*
4 *Cùm extraneus soluit creditoris pro debitore non potest cogere creditorem ad cedendum.*
5 *Creditor cogitur cedere fideiussori, vel correo soluenti pro debitore.*
6 *Tertio possessori hypothecæ soluenti pro debitore cogitur creditor cedere actiones contra debitorem.*
7 *Extraneus potest soluere pro debitore, & illum etiam inuitum liberare.*
8 *Extraneus sic soluens pro debitore creditori non succedit in locum creditoris, sed solum contra ipsum debitorem acquirit actionem negotiorum gestorum.*
9 *Vt extraneus soluens creditori pro debitore subrogetur in locum creditoris interuenire debent pacta notata à* glossa in leg. Aristo ff. quæ res pign.obl.poss.
10 *Creditor recipiens pecuniam extranei videtur in successione, & subrogatione illius consentire.*
11 *Cùm debitor soluit creditori de sua propria pecunia consequitur liberationem, & extinguit omnem actionem.*
Debitori soluenti, neque fideiussori soluenti nomine debitoris non fit cessio, & limitatur, remissiuè, ibid.
12 *Cùm debitor soluit de pecunia aliena, vt is, qui dat pecuniam debitori ad soluendum subintret in locum dimissi creditoris, requiruntur pacta relata à* glossa in dict. l.Aristo.
13 *Non soluit de pecunia aliena qui soluit de pretio rei à se venditæ: sed de pecunia propria.*
14 *Cùm creditor vult succedere sibi ipsi nouans primum contractum, & repetens pignora, manet quoad primum debitum cum prima antiquitate.*
15 *An hypotheca ex successione legali quæsita sit eadem, quam habebat primus creditor, vel diuersa, est quæstio de apicibus iuris.*
16 *Quòd senserit* Accursio, *esse diuersam.*
17 *Verius est, esse vnam, & eandem.*
18 *Cùm extraneus emit à debitore rem hypothecatam cum pacto quòd de pretio soluatur creditori, & pretium peruenit re vera ad creditorem, emptor non succedit in actionem prioris creditoris, sed consequitur solum ius retentionis aduersus posteriores creditores.*
19 *Istum emptorem succedere in ius primi creditoris, multi asseruerunt.*
20 *Non est tamen recedendum à priori sententia ob multum vrgentes rationes.*
21 *In hoc casu non cogitur creditor cedere actiones.*
22 *Actio, quæ ceditur non potest coarctari, sed habet eandem naturam in cessionario, quam habebat in cedente.*
23 *Si creditor census, seu annui introitus illum cedat, aut vendat cui voluerit, cessionarius succedet in locum, & actionem cedentis.*
24 *Correi, fideiussores, & tertij possessores hypothecarum possunt compellere creditorem annui reditus ad cedendum, soluta sorte cum reditibus decursis.*
25 *Tertius potest soluere pro debitore capitale census cũ reditibus decursis, ad effectum dissoluendi obligationem censualem in totum.*
26 *Extraneus iste tertius soluendo non potest cogere creditorem annui reditus ad cedendum sibi iura, sed soluerid patiendam exstinctionem census.*
Habebit tamen contra debitorem census actionem negotiorum gestorum, ib.
27 *Debitor annui reditus soluta creditori sorte capitali cum reditibus, potest illum compellere ad se liberandum liberandosque correos, fideiussores, & hypothecas, sed non ad cedendum sibi iura census inextincta.*
Cessio non potest fieri debitori, quia actio, & passio non possunt concurrere in eodem subiecto, nequeidem sibi ipsi debere, ib.
Cùm cessio fit debitori à creditore effectus, est, vt debitor remaneat liberatus ib.
28 *Cùm debitori datur pecunia ab extraneo, vt soluat creditori reditus annui dubium est, an iste extraneus possit constitui in loco prioris creditoris.*
29 *Si iste contractus fiat sine interuentus creditoris antiqui inter solum debitorem, & dantem pecuniam cum pactis relatis à* glossa in d.leg. Aristo *succedit dans pecuniam in locum creditoris reditus annui.*
30 *Si secundus creditor soluat primo, subrogabitur in eius locum confirmans suum posterius creditum.*
31 *Consideratio noua Authoris, an succedatur in actionibus, an iniure census: & censum non esse actionem, quemadmodum nec ssa rei vendicatione non creditur dominium.*
32 *Ius census, & actiones transfusa ministerio legis in secundum creditorem manent affecta obligationibus, & hypothecis contractis apud primum creditorem.*
33 *Si census primus erat constitutus cum assensu super bonis feudali.*

debitus, secundus creditor, in quem primus census est translatus non indigebit nouo assensu.

34 *Si creditor ad preces debitoris soluentis sponte (quia cogi non potest) cedat ius suum extraneo danti pecuniam debitori census, nulla contingit liberatio, sed manet obligatus secundo creditori cessionario, vt erat obligatus cedenti.*

35 *Si debitor census accepta ab extraneo pecunia soluat creditori, & faciat redemptionem, extinguatque primum censum faciens nouum contractum cum dante pecuniam, creditor primus nihil habet, quod possit cedere, & ita dans pecuniam non succedit in locum primi creditoris reditus extincti.*

36 *Si contractus iste fiat cum interuentu trium personarum, videlicet debitore reditus extraneo dante pecuniam, & primo creditore reditus cedente ius suum extraneo, resultant plures difficultates.*

37 *Isti contractui antiquis omnibus ignoto, apud* Neapolitanos *tisitatissimo notabiles tribuuntur effectus.*

38 *Ius luendi cessum non habet maiorem vim apud cessionarium quàm habebant apud cedentem.*

Ius luendi inuentum, vt extinguat primum reditus contractum, & resoluat hypothecas, quibus illa subijciebatur, ibidem.

39 *Successio in ius primi creditoris cedentis repugnat effectui iuris luendi.*

40 *Cessio iuris luendi ostenditur superuacua, & sine illa resultarent ijdem effectum.*

41 *Ius census inextinctum, quod transit per cessionem in nouum possessorem remanet subiectum hypothecis contractis apud antiquum possessorem.*

Vana est consideratio, quòd seclusa iure luendi non compelleretur cedere ius census.

42 *Doctrina* Bartol.in l.in diem, ff.de aqua pluuia arcenda, *hic videtur locum habere, ib.*

43 *Ius luendi à debitore cessum non tribuit ius ad compellendum creditorem, vt cessionem faciat.*

Debitor census virtute iuris luendi non potest compellere ad cedendum, sed solum ad patiendam extinctionem census.

44 *Retrouenditionis nomen quid significet, & quomodò vsurpetur in hac specie.*

Pactum retrouenditionis non aliud est, quam pactum, ex quo census sit extinguibilis, & resolubilis, ibid.

Redemptio, extinctio, & liberatio idem sunt, ib.

45 *Retrouenditionis nomen non accipitur propriè sed abusiuè: nam hac est vera venditio census, non retrouenditio.*

Venditio, & reuenditio non possunt simul stare, ib.

46 *Extraneus non potest compellere creditorem census ad vendendum suum ius, etiam si vtatur iure luendi.*

Non habet locum doctrina Bartol.in d.l.in diem, ff.de aqua pluu.arcend.

47 *Cautela nouiter ab Authore excogitata, vt sint cōpatibiles antiquitas annui introitus, & extinctio hypothecarum supra ipso constitutarum ab emptore primo.*

48 *Agitur de tertio effectu, prædicti noui contractus.*

49 *Ex vno contractu censesus oritur duplex obligatio, vna primaria, alia secundaria.*

50 *Regula* l.Lucius *limitatur primò ratione nouationis cum repetitione hypothecarum.*

51 *Regula* legis Lucius, ff.qui potiores *secundò limitatur à multis in vsuris, seu interesse legatorum.*

DISPVTATIO XXXV.

Quæ nam requirantur, vt creditor posterior succedat, & subrogetur in locum prioris.

1 IN Duobus locis solemnibus tractant Doctores de hac difficultate *in leg. Aristo 3.ff.quæ res pignor.obligat.possunt, vbi Glossa verb. Pignus, & in leg.1.Cod.de ijs qui in prior.credit.loc. succed.* & ibi etiam *Glossa verb. Non omni modo*, vltrà alia loca, quæ inferius in discursu referemus. Et distinguunt diuersos casus, in quibus vnus creditor succedit alteri, &, subrogatur in locum illius, vel succedit sibi ipsi, aliquando ad agendum, aliquando ad retinendum, quos oportebit percurrere, vt cognoscatur vis, & effectus hypothecarum.

2 Primus casus, est, quando vnus creditor cedit alteri creditori posteriori, vel extraneo, qui non sit creditor, iura sua & actionem, quam habet contra suum debitorem: nam tunc cessionarius subrogatur, & succedit in locum cedentis in omnibus, & per omnia, *l.emptor 5.C.de hæred. vel act.vendita, vbi Gloss. verb. Fungitur, & ibi Cynus in princip.Salicet.num.1.Alberic.num.5.& 6.Fulgos.in princip. Paulus numer.1 l.si cùm pecuniam 3.C.de priuileg.Fisci, idem Cynus in l.1. ante numerum primum, Salicet. numer.2. Cod. de ijs in prior. cred. loc.succed.* & dicunt omnes *in l.1.Cod. de action. & obligat. Franciscus Balduinus de pignoribus cap. 19 paulò ante medium, Ponte consil.6. numer.10.vol.1.* dixi suprà *hoc tit.disp.26.num.1.* vbi alios allegaui. Ad cessionem autem faciendam non requiritur voluntas debitoris cessi, imò eo inuito creditor potest cedere actionem contra ipsum cui voluerint, *l.nominis 3.Cod.de hæred. vel act. vend.l.1.§.1.& ibi gloss.verb.Solet, C. de nouation.Gasp.Roder.de annuis redit.lib.2.q.17.num.17.*

3 Secundus casus est, cùm creditor posterior hypothecarius soluit priori creditori hypothecario sine vllo pacto, eo tamen animo, & fine, vt succedat in locum illius vel illo nolente solutionem recipere offerat, deponat, & consignet pecuniam. Hoc casu dicendum est, etiam si primus creditor non cedat actiones suas posteriori isti creditori, istum secundum succedere in locum prioris. Probat *leg.1.Cod. qui potiores, leg.si prior 4. C.de ijs qui in prior.cred. locum succed.leg.cùm secundus 5. in princip.ff.de distract.pign.l.potior 11.§.vltimo, ff.qui potiores, leg. 34. tit.13.part.5.glossa in dict.l.Aristo, & in dict.leg.1.Cod.de ijs qui in prior. cred.loc. succed. Bart.in dict.l. Aristo, numero primo Cynus in dict.l.1.in princip. Baldus numer. 1. Salicetus numer.1.Angelus, Ioann. Faber, Rota nouissima decis.293. numer.1.part.4. Afflictis decis.259. Cartarius decis.61. ex numer.11.Franch.decis.134. numer.3. Anton. Faber libr.8. Codicis, titul.9. diffinitione 2.num.3. Negusant.de pignoribus 5.part.membr.3.1.part.numer.10.& 13.Ponte cons.87.numer.1.vol.1.Thesaurus quæst.forens.lib.2.q.30.num.1.& 2. Mantic.de tacit.& ambig.conuent.libr.11.tit.28.numer.5.& 8.Barbosa in l.post dotem 41.num.61.ff.solut.matrim.Gaspar. Rodericus de annuis reditibus libr.1.q.14.numer.21.& libr. 2.quæst.16.num.53.Molina de iustit.tractat.2.tom.2. disput. 536.num.17.Anton.de Amato variar.resolut.lib.1.resolut. 7.numer.1.* Quamuis videatur aliquantulum discedere *Mudeus de pignerib. tit. quibus mod.pignus, vel hypoth. solui, ex num.73.* qui ad hanc successionem posterioris creditoris in locum prioris requirit pactum.

4 Ter-

cius de censib. tom. 1. libr. 3. cap. 2. numer. 18. §. in qua quaſtion. verſ. Quinimò, et debitori. Sed limitationes ſunt extra rem.

12 Quintus caſus eſt, cùm debitor ſoluit, non de ſua pecunia, ſed de pecunia aliena, quam accepit mutuam ab extraneo ad ſoluendum alicui priori creditori, aut ſuis creditoribus. Quo caſu, vt mutuator ſubintret in locum prioris creditoris, requiruntur pacta, quæ commemorat *Gloſſa in dicta l. Ariſto,* quæ enumerat quatuor, *& in dicta l. 1. C. de ijs qui in prior. cred. locum ſuccedit,* quæ enumerat tria, ſed credo inter illas nullam eſſe differentiam, quia in tribus continentur omnia quatuor. Primum eſt pactum cum debitore, vt bona, quæ ſunt obligata creditori remaneant obligata iſti extraneo danti debitori pecuniam ad ſoluendum. Secundum pactum ſimiliter cum debitore, vt extraneus iſte ſuccedat in locum primi creditoris, cui ſoluendum eſt. Tertium, vt extraneus iſte det debitori mutuam pecuniam ad ſoluendum priori creditori, & pignus liberandum. Quartum requiſitum eſt, vt ipſa pecunia ſic mutuata perueniat ad primum creditorem. Quibus interuenientibus extraneus iſte, cuius pecunia primus creditor dimiſſus eſt, ſuccedit in locum primi creditoris in omnia iura illius, & actiones, in omnibus, & per omnia, ac ſi haberet ceſſionem actionum ab ipſo creditore, quia miniſterio legis transferuntur, quæ potentior eſt homine, qui potuiſſet illas per ceſſionem transferre. Hæc requiſita videntur apertè colligi ex *textu in d. l. Ariſto, & in d. l. 1. traduntque in d. l. Ariſto, Gloſſa, Bartol. Bald. Albericus, Angel. Salicet. Fulgoſius, & in d. leg. 1. Gloſſ. Albericus, Baldus, Salicetus, Fulgoſius, Neguſantius de pignoribus 5. part. membr. 3. 1. part. numer. 45. Franchis deciſ. 97. ex numer. 2. Anton. Faber libro 8. Codic. titul. 9. diffinit. 2. 3. 4. & 5. Rota nouiſſima diuerſorum, deciſ. 293. ex num. 3. part. 4. Caſtillo deciſ. 98. num. 5. lib. 1. Ponte conſil. 6. numer. 2. & 3. & conſil. 87. numer. 3. volum. 1. Surdus conſil. 444. num. 9. volumin. 3. Camillus de Medicis conſil. 165. numer. 2. Afflictus de executionibus, §. 7. capitul. 55. numero 4. Mantica de tacit. & ambiguis conuentionibus libr. 11. tit. 28. numero 16. Gaſpar Rodericus de annuis redit. libro 2. quæſtion. 16. numer. 50. cum ſequentibus. Antonius de Amato variar. reſolution. libr. 1. reſolut. 7. numero 18. 19. 21. & ſequentibus, Fabius Galeotus controuerſ. 56. n. 31. to. 1.*

13 Qua in re non eſt omittenda elegans, & veriſſima adnotatio *Ioan. Franciſci de Ponte dict. conſ. 87. num. 20. cum ſequentibus,* cùm tractatur de ſubrogando extraneo in locum prioris creditoris, ex eo, quod det debitori pecuniam ad ſoluendum priori creditori, agi de extraneo, qui nō ſoluit pecuniam creditori debitam, ſed pecuniam ſuam propriam, vt in *l. ſi ventri 8. §. eorum, ff. de priuileg. credit.* & de debitore, qui alienam pecuniam, non ſibi debitam, ſed gratis mutuatam creditori ſoluit. Sed ſi debitor ſoluit ſuo creditori de pecunia ſibi prouenientę ex pretio rei à ſe venditæ, tunc non ſoluit de pecunia aliena, ſed de pecunia propria, vt dicebamus ſuprà *hoc tit. diſput. 28. num. 25. & num. 30. et 31.* & nulla erit ſucceſſio in iura creditoris, cui ex illa pecunia facta eſt ſolutio, iuxta dicta *ſuprà in quarto caſu, nu. 11.* quod ſi extraneus, qui emit à debitore aliquam rem, adijciat in emptione pactum, vt ex pretio illius rei ſibi à debitore venditæ ſoluatur creditori debitori, tunc non ſuccedet emptor in iura, & actiones creditoris illo pretio dimiſſi, ſed ſolum acquiret ius retentionis, ut eſt caſus expreſſus *in l. penultim. C. de ijs qui in prior. cred.* de quo agemus *infrà num. 18. in ſeptimo caſu.*

14 Sextus caſus eſt, cùm creditor, qui habet creditum antiquum contra debitorem, vult ſuccedere ſibi ipſi, facto nouo contractu cum eodem debitore, & manere in nouo contractu cum eadem prioritate, quam antea habebat. Hoc caſu dicendum eſt, creditorem priorem de nouo contrahentem cum debitore, & nouantem primum contractum poſſe remanere in nouo cōtractu cum prioritate antiqui, quoad quantitatem per ipſum primum contractum debitam, ſi repererit eadem pignora prius obligata in cōtractu antiquo, id eſt in hoc nouo eadē obligauerit, maximè ſi adiecerit proteſtationē, quod intelligatur nouus contractus fieri citrà præiudicium iurium anteriorum primi, & cum reſeruatione prioritatis anterioris contractus, ut notat *Caſtill. dec. 5. n. 5. cum ſeq. & deciſ. 17. numer. 35. libr. 1. Maſtrill. deciſ. 40.* nam tunc cenſetur, creditor ſibi ipſi ſuccedere. Ita ſtatuit *text. in leg. creditor 3. in princ. & in l. ſi prior. 13. in princip. et in l. Titius, ultim. ff. qui potiores.* Notant *in d. l. creditor, Bartol. Baldus, Albericus, Angelus, Salicetus, Fulgoſ. Ripa in l. priuilegia 6. num. 49. ff. de priuil. cred. Neguſantius de pignor. 5. part. membr. 2. numer. 13. & 6. part. membr. 3. numer. 7. Balduinus de pignorib. capitul. 19. paulo poſt medium, & cap. 20. ante medium, verſicul. Sed & nouata, Mudeus de pignorib. titul. quib. mod. pignor. vel hypothec. ſolui numero 76. Parlador. libr. 2. rer. quotidian. cap. final. 1. part. §. 12. numero 55. Gaſpar Rodericus de annuis redditib. lib. 2. quæſt. 16. num. 53. verſ. Quartò, quia. & numer. 61. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. numer. 21. & 25. Gratianus diſcept. forenſ. tom. 1. cap. 175. numer. 13. Caſtillo deciſion. 17. num. 35. & 36. lib. 1. Mareſcot. variar. reſol. lib. 2. cap. 56. ex num. 18.*

15 His tamen caſibus, quibus ſucceditur creditori ſine ceſſione in ius, & actiones, hypothecaſque quas habet miniſterio legis eas transferentis, dubitant Doctores, an actio hypothecaria, & hypotheca ex iſta ſucceſſione legali quæſita, ſit illa eadem, quam prior creditor habebat, aut alia diuerſa ab illa numero diſtincta? De actione ceſſa non eſt dubium quin ſit diſtincta, quia certum eſt, apud creditorem manere directam oſſibus illius affixam, vt diximus ſuprà *hoc titul. diſput. 26. num. 1.* & ad ceſſionatium transferri vtilem ex illa deriuatam, quæ diuerſæ ſunt, vt notant *Scribentes in lege 1. Codic. de act. & obligat.* & ibi tractat *Baldus ex num. 23.* Verùm de iſta hypothecæ beneficio, & miniſterio legis transfuſa eſt quæſtio, quam Doctores dicunt, eſſe de apicibus iuri.

16 *Accurſius in d. l. Ariſto, verb. Pignus, in fine Scholij,* ait, non eſſe eandem actionem, quę transfunditur ex primo creditore miniſterio legis, quā creditor habebat, nā illa per ſolutionem ſublata fuit, ſed eſſe aliam actionem, per omnia ſimilis naturæ. Idem dixit *in leg. 1. in fine ultimi Scholij, Cod. de is qui in prior. credit. loc. ſucced.* Gloſſam ſequuntur *Fulgoſ. in d. l. Ariſto, ex num. 9. & Alberic. ibid.* tamenſi dubitanter. Idem *Fulgoſ. in d. l. 2. num. 2. in fin. Gabriel Mudeus de pignor. tit. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolui, numer. 76.*

17 Contrariam tamen ſententiam, quinimo hypothecam prioris creditoris, in quam ſuccedĭtur iſtis caſibus miniſterio legis à ſecundo creditore, uel extraneo, eſſe eandem illam, quam habebat primus creditor beneficio legis transfuſam, quæ cùm ſit actio realis, non perſonalis, poteſt ab uno in alium transferri, ſequutus eſt *Cynus poſt Petr. de Bellapertica, et Iacobum de Arena in l. 1 numero 1. Cod. de ys qui in prior. cred. loc. ſucced. et ibid. Angel. Albericus num. 2. Salicet. num. 4. Bart. in d. l. Ariſto num. 6. Salicet. nu. 4. ff. qua res pignor. obligar. poſſ. Neguſant. de pignor. 5. par. membr.*

membr. 3. 1. par. nu. 16. Surd. consf. 444. nu. 11. vol. 3. Gasp. Roderic. de annu redit. lib. 2. quaest. 16. numer. 53. Camillus de Medic. cons. 165. num. 27. Amato variar. resol. lib. 1. resolut. 7. num. 7. & dicunt, esse communem sententiam. Addunt, istum, in quem trãsfunditur eadem actio hypothecaria à primo creditore, habere duplicem hypothecam, aliam ex persona prioris creditoris, cui solutum est, & est illa, quę à lege transfertur: aliam ex sua persona, & ex suo cõtractu, ex qua duplicatione oritur effectus notatu dignus, cuius meminit *Negusant. vbi supr. num. 45. versic Et ex praedictis*, videlicet, vt si secundus creditor qui successit in ius primi, non possit vendere pignus ob pactum fortè appositum ex suo contractu ratione suae hypothecae, tamen possit illud vendere vigore hypothecae primi creditoris, in quam successit, & in qua nõ fuit initum pactum, ne pignus venderetur, & iste est *textus in d. l. Aristo*, vt ibi declarat *Bartol. numer. 7. & 8.* & sic verificatur illud, quod in eo textu continetur in fine, interdum consequi quem per alium, quod non potest, consequi per se ipsum.

18 Septimus casus est, cùm extraneus emit à debitore possessionem, fundum, vel rem aliquam pignori obligatam priori creditori, cum pacto, quod de pretio soluatur priori creditori; & pretium ad eundem creditorem peruenerit. Hoc casu dicendum est, istud emptorem nullatenus succedere in actionem, aut hypothecam prioris creditoris, quae solutione extincta est, sed consequi, & solum consequi ius retentionis in re sic empta, respectu posteriorum creditorem. Hanc resolutionem probat *text. in l. qui à debitore, aliàs in pandectis Florẽtinis, l. cum qui à debitore 18. ff. qui potior.* qui textus agit de creditore emente à debitore, de cuius pecunia creditor est dimissus, & in hoc casu nullum requirit pactum, *& in leg. si potiores 3. Cod. de ijs qui in prior. cred. locum succed.* Sentiunt *in d. l. qui à debitore, Bartol. Angelus, Salicetus, Fulgosius, & in dict. l. si potiores, Salicetus, & Ioann. Faber, Anton. Faber libr. 8. Codicis, tit. 9. diffinit. 6. 7. & 8. Paulus Castrens. consil. 15. visis actis, & actitatis, ex nu. 3. vol. 3.* quod allegatur à multis *consil. 370. Negusant. de pignorib. 5. part. membr. 3. 1. part. ex numer. 3.* qui late tractat, *Benintendis decis. 30. num. 3. Ponte consil. 87. ex num. 9. libr. 1. Franch. decis. 134. ex n. 2.* & ibi latè discutit, an detur retentio emptori ex cuius pecunia facta fuit creditori anteriori solutio etiam si nullum pactum adiectum fuerit in venditione, quòd ex ea pecunia soluatur creditori, qui est articulus satis dubius, & difficilis. *Magonius decis. Florentina 59. numer. 2. ex vers. Vrgebat, cum seqq. Gornazan. decis. 106. n. 25. Surdus cons. 183. nu. 4. & 5. 18. & 19. vol. 1. Thesaur. quaest. forens. lib. 2. quaest. 30. ex num. 1. Intrigliol. singularium, lib. 3. singulari 15. Mant. de tacit. et amb. conuen. lib. 11. tit. 29. ex n. 1. & nu. 10. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 117. n. 24. et 25. & tom. 2. cap. 269. ex nu. 8. et decis. 66. ex num. 8. Antonin. de Amat. var. resolut. lib. 1. resol. 7. ex num. 42. vsque ad finem resolutionis.*

9 Contrariam tamen sententiam, quinimò istum emptorem succedere in ius primi creditoris, & hypothecaria, non solum vt possit se tueri aduersus posteriores, retinendo rem emptam, sed etiam vt possit, si à possessione cadat, agere aduersus praedictos posteriores creditores, aut alium possessorẽ rei sic emptę, cuius pretium ad priorem creditorem peruenit, amplectuntur *in d. l. si potiores Cynus post Iacobum de Arena, Baldus, Fulgosius, Albericus*. Neque incommodum esse, aiunt, rem istam sic emptam esse eidem emptori obligatam, & hypothecatã contra *leg. neque pignus 45. ff. de regul. iur.* fieri enim potest, vt concurrant simul, in eadem re dominium, & hypotheca, cùm dominium non est irreuocabiliter quaesitum, nam tunc secum inuicem compatiuntur, *leg. sextante 30. §. Latinus, in fin. ff. de exception. rei iudicat.* notant praeter alios *Fabius de Anna consil. 90. numer. 2. & 3. libr. 1.* & illum transcribens *Guzman de euictionib. quaestion. 28. ex numer. 16.* Hoc autem casu non est quaesitum emptori dominium irreuocabiliter, cum possit auocari ab alijs euincentibus, aut posterioribus creditoribus per ius offerendi.

20 Sed non est recedendum à priori sententia, quae verior est, & communior. Primò, quoniam eam planè probant praedicti *textus in dict. l. qui à debitore, & in dict. leg. si potiores*, in quibus solum conceditur emptori defensio, & retentio, & sic ius exceptionis, quo se tueatur, non actionis, vt agat. Secundo, quia ex eo, quòd ad creditorẽ perueniat pecunia alicuius, vt ex ea illi soluatur, vbi non interuenit cessio, aut si quis creditori pro debitore soluat non transfertur actio hypothecaria creditoris in eum, cuius est, pecunia, aut qui soluit, *l. si cùm pecuniam 3. C. de priuileg. Fisci*. Tertiò, quoniam, vt is, ex cuius pecunia soluitur creditori, succedat in iura, & actiones illius, requiruntur illa pacta, de quibus post glossam, & Doctores diximus *suprà num. 12. iuncto num. 13.* & illis pactis seclusis, atque item cessione, si extraneus soluat creditori, cùm plurimum succedit in actione personali, iuxta *textum in l. si ventri 8. §. eorum, ff. de priuil. credit.* & prosequitur elegantissimè *Surdus cons. 444. ex num. 6. volum. 3. Asinius de executionibus, §. 7. cap. 125. Fabius Galeotus controuers. 56. numero 32. tomo 1. Antonius Faber libr. 8. Codicis, tit. 9. diffinit. 3.* Quartò, quia quemadmodum venditor nõ potest bis exigere pretium, vnius rei à se venditę, seu, quod idem est, desiderare duo pretia eiusdem rei, *leg. bona fides 58. ff. de regul. iur. cap. bona fides 83. eodem titulo in 6.* ita emptor non potest pro vno pretio acquirere duas res aequiualentes eidem pretio, seu quarum vnaquaeque aequiualeat eidem pretio. Sed qui emit rem à debitore, acquirit semel rem aequiualentem pretio soluto. Ergo non potest iterum simul acquirere à creditore suas actiones, quae aequiualent eidem pretio. Tum quia qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur, *leg. qui actionem 15. ff. de regul. iur.* tum etiam, quia extraneus, qui nihil emens à debitore dat illi gratis pecuniam, vt creditori priori soluat, sufficienter remanet satisfactus ex acquisitione priorum actionum illius creditoris, cui soluitur, quibus vtens potest recuperare à debitore pecuniam illi mutuo datam ad solutionem faciendam. Quintò, quia vt iste emptor succedat in hypotheca prioris creditoris, requiritur voluntas debitoris venditis, qui velit rem venditam pignori subijcere, nam voluntate domini contrahitur pignus, *leg. contrahitur 9. ff. de pignoribus*, sed ex eo, quòd conueniat inter debitorem vendentem, & tertium ementem pignus, quod ex pretio soluatur priori creditori, nullum supponitur pactum, quo res vendita pignori subijciatur; imò voluntas vniusque contrahentis, vt dissoluatur pignus prioris creditoris ei soluendo. Ergo per solam venditionem factam sub illo pacto nulla remanet hypotheca apud emptorem. Et ideo rectè dixit *Albericus in dict. l. si potiores*, necessarium esse, vt acquiratur hypotheca, vt fiat pactum de illa.

21 Sed quaeret quispiam, quid erit, si in venditione emens adijciat pactũ, vt ex pretio soluatur priori creditori facta cessione iurium in fauorem emptoris à priori creditore,

&

& cessis actionibus? Respondetur in primis, hunc non esse casum, in quo creditor inuitus cogatur actione cedere, sed poterit id recusare, si voluerit, quia solum tenetur liberare debitorem, & pignora, si illi soluatur debitum ab extraneo, & creditor ex pacto adiecto in emptione vt ex pretio illi satisfiet, nullam actionem consequitur contra emptorem, *leg. cum res* 22. *C. de donation.* vbi notat *Cynus num.* 2. *Marta voto, seu decis.* 48. *numero* 1. & 2. qui alios allegat. Secundo, si creditor sponte sua velit huic emptori cedere actiones suas, volenti illas acquirere, iste emptor ex pretio rei emptis non liberabit debitorem, sed remanebit obligatus ipsi, eodem modo, quo erat obligatus priori creditori, nã magis videretur emisse actiones prioris creditoris, quàm debitorem, & pignora liberasse, iuxta, *l. Modestinus* 76. *ff. de solut.* Debitor autem poterit, aut petere liberationem compensato debito cum pretio rei venditæ, aut agere ad restitutionem rei venditæ, cùm non sit æquum, emptorem & habere rem venditam, & simul actionem ad recuperandam, quãtitatem pretij eiusdem rei à venditore.

22 Sed si quis pertinaciter contendat, ex hac cessione posse consequi emptorem actionem hypothecariam, vt se tueatur aduersus euincere volentes rem emptam, aut si cadat à possessione ad recuperandam rem emptam à quolibet possessore, & in hoc nullum incommodum cerni; contra est, quia res est inaudita, & sine exemplo, cedi actionem, & limitari, aut circuncidi naturam illius, & efficaciam. At actio prioris creditoris efficax est ad recuperãdum debitum integrè. Ergo cessa huic emptori, habebit eandem efficaciam, & non solam vim exceptionis, aut retentionis, quam etiam sine cessione posset emptor habere, vt in *d. l. penult. C. de ijs qui in prior. cred. loc. succed.*

23 Octauus casus est, cùm agitur de credito annui reditus, seu censûs, in quo sunt speciales difficultates circa subrogationem alicuius in locum creditoris antiquioris. Qua in re, Primò certum est, creditorem annui reditus posse cedere omne ius suum, & ipsum censum, seu reditum annuum, cui voluerit illumq; vendere, siue sit correus, fideiussor, possessor alicuius hypothecæ, siue extraneus, non extinguendo, sed trãsferendo suum ius, & quemlibet constituere in suo loco, & prioritate respectu aliorum creditorum debitoris prædicti reditus, facta cessione, sicut posset vendere quamlibet rem suam corporalẽ, cui voluerit, quia in rebus suis quilibet est moderator, & arbiter, *l. in re mandata* 21. *C. mand.* Atque hoc modo cessionarius subintrabit in locum, & iura prædicti creditoris in omnibus, & per omnia, vt obseruat *Gasp. Rod. de annuis reditib. lib.* 2. *quæst.* 16. *num.* 48. & *quæst.* 17. *nu.* 1. *et* 2. *cum sequentibus, Felicianus de censibus, tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *nu.* 18. *Auendanus de censibus cap.* 34. *ex num.* 1. & deducitur ex dictis à nobis *supra num.* 2.

24 Secundò certum est, correos fideiussores, & tertios possessores hypothecarium, imò & creditores posteriores posse compellere creditorem annui reditus antiquiorem, soluto sorte cum reditibus decursis, si solutionem renuerit, deposita, & consignata, ad faciendam cessionem in fauorem soluentis, seu potius ementis prædictum nomen, seu ius annui reditus, vt prosequitur *Felicianus de cẽsibus tomo* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 17. & *tom.* 2. *libr.* 3. *cap.* 2. *ex num.* 11. *latissimè Gaspar Rodericus de annuis reditib. libr.* 2. *quæst.* 16. *ex numer.* 11. & *numer.* 53. *Auendanus de censibus cap.* 100. *per totum, Giurba decis.* 87. *num.* 20. & 21. *Cencius de censibus part.* 2. *capitul.* 2. *quæst.* 2. *artic.* 5. *ex num.* 1. *facit Mangil. de euictionib. quæst.* 92. *ex nu.* 26. & *est iuxta dicta supra nu.* 5. & 6.

25 Tertio certum est, extraneum posse soluere pro debitore, non solum reditus decursos debitos, sed etiam capitale, & sortem, ad effectum dissoluendi obligationem, & redimendum, seu retrouendendum censum, liberandosque fideiussores, correos, & hypothecas ab onere censûs; argumento *l. soluendo* cum similibus, *ff. de neg. gest.* & eorum, quæ diximus *supra numero* 7. Nam quamuis sors principalis, seu capitale censûs non debeatur simpliciter, est quoddammodo debita, & est radix, & fons perennis obligationis redituum, & viget eadem ratio fauoris in ea tollenda, & liberando debitorem ab illa correos, fideiussores, & hypothecas, quæ viget in debito simplici tollendo, & liberãdo debitore ab obligatione actuali, imò maior, quemadmodum hęc obligatio est grauior, & damnosior. Notat *Gaspar Rodericus de annuis redditibus, lib.* 2. *quæst.* 16. *num.* 6. *Felician. de censibus tomo* 1. *libr.* 4. *cap. vnico, num.* 11. *Auendanus de censibus cap.* 106. *numer.* 6.

26 Quarto certum est, istum extraneum, qui neque sit correus, nec fideiussor, nec possessor hypothecarum, neque posterior creditor, non posse compellere creditorem annui reditus ad cedẽdum sibi iura sua, sed solum ad patiẽdam redemptionem, & dissolutionem, extinctionemque reditus, iuxta obligationem sui contractus, vt diximus supra de creditore debiti simplicis. Ratio est, quia quamuis creditor non possit recusare liberationem debitoris, cùm illi soluitur suum debitum à quocunque, potest tãmẽ recusare cessionem suorum iurium, & sui crediti, quia quemadmodum nemo cogitur vendere res corporales, *l. inuitum* 11. *Cod. de contrahenda emptione, l. nec emere* 16. *C. de iure deliberand.* ita neque vendere, aut cedere nomen, quod est ius incorporale. Ita sentiunt *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libr.* 2. *quæst.* 16. *numerò* 7. *Auendanus de censibus capitul.* 106. *numero* 6. *Felicianus de censibus tomo* 1. *libr.* 4. *capitul. vnico, numer.* 11. *versic. Verùm dubitationem, Giurba decis.* 87. *num.* 6. qui multos allegat *Mastrillus ad Petrus de Gregorio de censibus, ad quæst.* 5. *nu.* 301. *Rouitus in pragmat.* 1. *de censibus, num.* 3. Rectè tamen notat *Gaspar Rodericus vbi supra numero* 9. hunc extraneum, qui pecunia sua liberauit debitorem censûs habere contra ipsum actionem negotiorum gestorum, non tamẽ ad totam sũmam simul recuperandam, sed dumtaxat particulatim, & commodis interualis, ita vt ea gestio non oneret debitorem, sed potius illum competenter releuet, *iuxta l. sed an vltro* 10. §. 1. *ff. de negot. gest.*

26 Quinto certum est, debitorem annui reditus soluta sorte principali creditori, cum reditibus decursis posse compellere illum ad se liberandum, liberandosque correos, fideiussores, & hypothecas. Nam de hac ipsa liberatione facta est conuentio in ipso contractu. Notat *Felicianus de censibus tomo* 1. *libro* 4. *capite vnico, nu.* 11. *Gasp. Rodericus de annuis reddit. lib.* 1. *quæst.* 6. *nu.* 44. *et lib.* 2. *q.* 1. *ex num.* 3. *Auendanus de censibus cap.* 101. *ex numer.* 1. & *cap.* 106. *ex principio, Molina de iustitia, tractat.* 2. *tom.* 2. *disput.* 391. *num.* 5. *ad clausulam nonam, Follerius in praxi cẽsuali, ad verb. instrumento gratia pro consimili pretio, ex numero* 1. *Virginius de Bocatijs de censibus,* 3. *part. numero* 2. *numer.* 9. 12. 14. & *alijs.* Sed debitor soluens non potest compellere creditorem ad cedendum iura sua, & ipsum annuum reditum in extinctum, imò neque creditor, quamuis vellet, id posset facere. Ratio est, quia debitori non fit cessio, *l. nulla* 5. *C. de solut. Thusc. litera C. conclus.* 107. *ex num.* 1. *Negusantius de pignorib.* 5. *p. memb.* 3. 1. *p. nu.* 43. *Hector Capic Latro decis.* 16. *ex num.* 16. & *dixi supra numero* 11. Cùm enim solutione eius, quod debetur, om-

nis tollatur obligatio. *Instit. quibus modis toll. oblig. in princip.* ex consequenti tollitur actio, & nihil remanet, quod cedi possit. Deinde ex alio etiam capite ista cessio non potest fieri debitori, quia si actio cōtra ipsum ipsi eidem cederetur, actio, & passio concurrerent in eodem subiecto, & idem sibi ipsi deberet, quod est impossibile, *l. quis pro eo 56. §. item filius, l. Veranius 72. ff. de fideiuss. l. Stichum 95. §. additio ff. solut. l. debitori 7. C. de pact. cap. vltimo, de institut. Ludouisius decis. 195. ex numer. 6. Rota decis. 182. numero 1. & 2. inter eas quas refert Centius post tractatum de censibus, Sesse decis. 46. ex numero 26. Losaus de iure vniuersitat. part. 1. cap. 1. numero 36. Menesius in leg. cùm secundum 3. numer. 13. C. de fideicommiss. Barbosa in l. quæ dotis 34. ante num. 1. ff. solut. matrim. Ioannes Solorzanus de Iure Indiar. lib. 2. capite 21. num. 6.* Ideo cum cessio fit debitori à creditore, effectus est, vt debitor remaneat liberatus, *Baldus in l. 1. num. 41. Salicet. num. 27. C. de action. et obligat. Alexand. in l Senatus 45. §. qui ab hostibus, numero 5. & 6. Iason. numero 2. per textum ibi, ff. de legat. 1. idem Alexand. consil. 157. viso testamento, num. 2. lib. 7. Thusc. litera C. conclus. 205. num. 22. Cassanate cons. 10. num. 76. Guzman de euictionib. quæst. 35. num. 100.*

28 Sexto, cùm debitori datur pecunia ab aliquo extraneo, vt ipse soluat creditori anteriori, faciatque cedi in fauorem dantis pecuniam actiones creditoris, dubitatur, an iste nouus creditor pecuniam dans debitori ad soluendum possit constitui in loco, & prioritate prioris creditoris?

29 Et distinguendum est, nam iste contractus potest fieri diuersis modis. Primò, ita vt fiat inter extraneum dantem pecuniam, & debitorem pecuniam recipientem, sine interuentu creditoris antiqui, cui pecunia soluenda est, cum pactis tamen traditis à *glossa in d. l. Aristo ff. quæ res pignor. oblig. possess. & in l. 1. C. de ijs qui in prior. cred. loc. succed.* de quibus actum est *supra num. 12.* Et si hoc modo conueniat creditor nouus dans pecuniam debitori, & ipse debitor, & re vera pecunia data perueniat ad creditorem, eadem, hypotheca, quæ est apud creditorem anteriorem, & actiones illius transfunduntur, & transferuntur in secundum creditorem, vel extraneum dantem pecuniam huic debitori, vt soluat creditori census anteriori, ministerio legis vt in debito simplici, cum communi Doctorum sententia diximus *dicto numero 12. & numero 9.* Et sic secundus creditor, vel extraneus hoc modo adeptus iura creditoris anterioris, in eius locum subrogatur, & manet cum iisdem iuribus, & eorum antiquitate, & loco inter alios creditores eiusdē debitoris, poteritque exigere à debitore reditus decurrendos, vt poterat primus, & anterior creditor, vt notat *Gaspar Rodericus de annuis redditibus libro 2. quæst. 16. numero 50. & 53.*

30 Secundò, si creditor secundus nolit cum interuentu debitoris, & dando illi pecuniam soluere primo creditori, sed per se ipsum illi soluat, eodem modo consequetur illius actiones, & subrogabitur in eius locum, confirmans suum posterius creditum, vt diximus de secundo creditore simplici *supra numer. 3.*

31 Duo tamen hic occurrunt summopere aduertenda. Primum est, cùm Doctores tractant de hac subrogatione, & successione in locum prioris creditoris, iuxta doctrinam Iurisconsultorum, solum dicere transferri actiones prioris creditoris in extraneum, vel secundum creditorem. Ex quo consequens erat in isto casu à primo censitore sic dimisso, solum transferri actiones, quas habet, nō verò ius ipsum annui reditus, quod differt ab actionibus, quemadmodum seruitutes differunt ab actionibus, Etenim actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur, *instituta de actionibus in principio*, census verò est ius exigendi reditus annuos ex fundo aliquo, acquisitum aliquo titulo emptionis, donationis, aut quolibet alio, Quod ius non est in ordine ad iudicia, sed est ius incorporale, extraiudiciale, exactionem respiciens, resultans ex contractu census, simile vsufructui, tractat eleganter *Federicus Martini de iure censuum, capite 1. ex numero 23. Dominicus Soto de iustitia & iure, libro 6. quæstione 5. articulo 1. § quæstio præsens, Molina de iustitia, tractatu 2. tomo 2. disputat. 383. numer. 3. Medina Codice de rebus per vsuram acquisitis, quæstion. 12. §. his tamen non obstantibus, & §. superest ad rationes, Menoch. de præsumptionibus libro 3. præsumption. 107. ex num. 1. Couarru libr. 3. variar. capitul. 7. numer. 2. versicul. Secundo hos annos, & versicul. Tertiò eadem.* Ita videtur etiam si transferantur actiones à primo creditore, non trāsferri proprietas census, quemadmodū etiam si transfertur, & cedatur rei vendicatio, nō tamen transfertur dominium, vt sentit *Dynus in cap. pro possessore 36. ex numero 18. de regulis iuris in 6. quem sequuti sunt Bartol. in l. certi, & indubitati iuris 8. de hæred. vel act. vend. Baldus in leg. per diuersas 22. ex numero 23. Salicetus ex numero 28. Cod. mandati Thuscus litera C. conclusione 205. numero 17.* Et quæ nam sint actiones, quibus in iudicio agitur ad censum, tractat melius omnibus *Federicus Martini de iure censuum, capit. 9.* Ille tamen, qui acquirit à creditore per hanc legalem successionem actiones ad censum, poterit agere, vt sibi cedatur, & in eum transferatur ius annui reditus. Nisi probabilius videatur, trāsferri quoq; cum actionibus proprietatem ipsam annui reditus à primo creditore, qui recepit pecuniam sortis principalis, quasi per eam receptionem consenserit eidem translationi, qui consensus æquiualet cessioni, vt diximus *supra num. 10.* Cogita, quia hæc apud nullum vidi considerata.

32 Secundum est, hoc eodem casu, cùm proprietas census, & actiones trāslatæ à creditore primo in creditorem secundum soluentem primo, vel extraneum dantem pecuniam ad illi soluendum, sint ipsa eadem, quæ erant apud creditorem primum in extincta, & ministerio legis transfusa, remanere quoque subiecta obligationibus, & hypothecis contractis, dum erant apud primum creditorem ante translationem, & obnoxia creditoribus, illius primi creditoris olim domini prædicti census, si quos habet, vt notat *Mastrillus ad Petrum Gregorium de censib. quæst. 5. numero 141. & Giurba decision. 87. numero 7.* & iste effectus oritur ex identitate actionis ministerio legis quæsitæ, quam esse eandem, sentire Doctores communiter, diximus *supra num. 17.*

33 Est & alia vtilitas orta ex hac identitate census hoc modo translati, nam si census sit constitutus, cum assensu super bonis feudalibus, maioratus, vel vniuersitatis, iste secundus creditor, in quem primus ille census trāslatus est, non indigebit nouo assensu, quo planè indigeret si census translatus esset diuersus ab illo priore. Tractāt, & notant *Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 10. ex numer. 27. Marinus Freccia de subfeudis, libro 2. in tractatu de assensu, §. trigesimo secundo, quæro, numero 2. versiculo, nec Obstant textus, & iura, Gaspar Rodericus de annuis redditibus, libro 2. dicta quæst. 16. ex num. 51. Peregrinus de fideicommiss. art. 40. num. 31.*

34 Tertio potest fieri iste cōtractus, ita vt ad preces debitoris soluēns creditor anterior cedat ius anui reditus quod habet cōtra debitorē huic extraneo, qui dedit pecuniam,

vt

vt solueretur creditori reditus. Quod si creditor reditus velit illum cedere, reditum non extinguit, sed transfert eodem modo, quo creditor, qui vendit nomen, *l. si nomen 4. l. emptor. 6. l. nomina 17. ff. de hered. vel act. vend.* & quo debitor fideiussori soluenti cedit, *l. Modestinus 76. ff. de solution. l. cum alter 11. Cod. de fideiussoribus, l. fideiussoribus 17. l. cùm is 36. ff. eodem titulo*, & per consequens debitori census, nulla contingit liberatio, sed mutat creditorem nam loco primi habet secundum, cui cessæ sunt actiones primi non extinctæ. Hoc autem potest facere creditor primus sponte sua, & voluntariè, vt diximus *supra numero 1. & num. 23.* sed nullo iure potest compelli ad cedendum suum ius, & vendendum prædictum censum, imò poterit dicere, volo extinguere, & resoluere censum, non cedere, vt diximus *sup. n. 26. & n. 4.*

35 Quarto potest fieri, ita vt debitor, accepta pecunia, soluat creditori census sortem, cum tertijs decursis, & se omnino liberet, correos, fideiussores, & hypothecas à primo contractu, & creditore census, facta redemptione seu retrouenditione; cum isto vero nouo creditore, qui pecuniam illi ad soluendum dedit, faciat nouum contractum census. Hoc casu, neque antiquus creditor habebit ius, quod cedere possit, cum omnia sint extincta: ac per consequens, neque nouus creditor consequi poterit antiquitatem antiqui introitus, seu census, sed eam habebit ex tempore sui noui contractus. Notat *Felicianus de censibus, tom. 1. libro 3. capit. 2. num. 19. Rodericus de annuis redditib. libr. 2. quæst. 16. numer. 42. Antonius de Amato variarum resolutione lib. 1. resolut. 7. numer. 32. & 38. Cencius de censibus part. 2. capit. 2. quæst. 2. art. 5. ex numer. 14. Consonat Molina de primog. libr. 1. capit. 10. numer. 27. vers. Si verò.*

36 Quinto potest fieri iste contractus interuenientibus tribus personis, videlicet debitore reditus, qui cedat extraneo ius luendi reditum, quod ex ipso contractu reditus acquisiuit, & extraneus, qui exercens ius luendi cessum à debitore, & soluens pecuniam, vel offerens, & deponens vult redimere, seu retroemere censum possessum à creditore primo, & in eius locum subrogari, & creditor ipse reditus, qui faciat retrouenditionem ipsius, & cessionem in fauorem extranei omnium suorum iurium, & transferat in ipsum omnes suas actiones translatiue, non extinctiuè liberetque debitorem. Cuius contractus fit mentio apud *Rotam nouissimam diuersorum, decis. 293. in principio, parte 4. & Hectorem Capicium Latro*, Regium Consiliarium, doctissimum, virum, & omnibus numeris absolutum *decis. 16. ex num. 4.*

37 Huic mirabili contractui antiquis omnino ignoto, sed apud Neapolitanos vsitatissimo (credo fuisse inuentum huius Regni (non minus mirabiles effectus attribuuntur, verè vtilissimi, si essent possibiles. Primus est, vt facta translatione reditus, per ius luendi extinguatur primus ille reditus, seu census, & ex consequenti omnes hypothecæ supra ipso fundatæ, *l. si res distracta 3. l. sicut 8. in principio, ff. quibus modis pign. vel hypothec. sol. leg. lex vectigali 31. ff. de pignoribus*, & per consequens creditores primi censitoris, seu creditoris non poterunt molestare istum secundum censitorem, in quem per ius luendi translatus est primus census, obligato denuo debitore, quasi possideret aliquid pertinens ad primum creditorem, quia quidquid ad illum pertinebat, extinctum est. Iste enim est effectus notus iuris luendi, vt omnes actiones veteres, & ipsum ius census antiquum, extinguantur, & resoluantur, & nouus possessor census maneat liber, & securus à molestia creditorum illius, qui per ius luendi transtulit suum reditum, vt notat *Antonius de Amato variarum libro 1. dicta resolutione 7. numero 36. in fine, & numero 37.* Secundus effectus est, vt iste secundus creditor succedat in locum, & antiquitatem primi censitoris, seù creditoris census antiqui, qui cessit actiones suas. Tertium effectum addunt alij, vt videlicet si agatur de recuperanda sorte capitali in concursu creditorum, iste nouus creditor emptor census habeat locum anteriorem, quem habiturus erat primus ille creditor, a quo census est redemptus, verùm in exigendo reditus habeat solum antiquitatem ex tempore noui contractus. Ita videtur sentire *Camillus de Medicis consilio 165. ex n. 44.*

38 Examinemus modo istos effectus, vt videamus, an possint stare, & sint iuribus conformes: & primo, primum effectum istius contractus, & naturam iuris luendi. Certum est, quamuis ius luendi cedi possit, vt notat *Cagnolus in l. 2. numero 37. C. de pactis inter emptorem, & vendit. Farinac. decision. 501. numero 2. & decisione 547. numero 1. part. 2. Gratianus disceptatione forens. tomo 5. capite 903. numero 4. & capit. 978. numer. 6.* non habere ius luendi cessum maiorem vim apud cessionarium, quam habuit apud cedentem, iuxta notata per *Ioannem Vincentium de Anna allegatione 128. ex numero 1.* Etenim cessio non mutat naturam neque auget vim iurium, quæ ceduntur. Apud debitorem autem cedentem ius luendi habet vim, vt possit compellere creditorem ad redimendum annuum introitum, non translatiuè, quia vt diximus *supra numero 17.* non potest census transferri in debitorem, sed extinctiuè, & possit cogere creditorem ad liberandum ipsum debitorem, correos, fideiussores, & hypothecas, soluta sorte principali cum reditibus. Eodem prorsus modo, quo contingit in luitione pignoris dati pro simplici debito, nam si debitor illud luat, vel alius pro eo soluens creditori, habebit debitor actionem pignoratitiam contra creditorē ad recuperandum pignus liberum à nexu pignoris contracti. Luitio enim idem est quod solutio, apud *Caluinus in lexico, verbo Luitio*, vbi notat ex *Prateio*, pro verbo *Luitio*, reperiri apud Iurisconsultos quandoq; verbum *Solutio*, & sic luitio pignoris est dissolutio obligationis pignoris, & liberatio. Ergo cùm ius luendi, seu liberandi ceditur, eandem vim debet habere apud cessionarium, quam habebat apud debitorem cedentem, vt qui exercet ius luendi à debitore cessum, & eius nomen soluit, seu luit, extinguat primum censum, liberet debitorem, correos, fideiussores, & hypothecas, *Giurba decisione 87. numero 3. Bongiornus in fragmentis ad Bullam Nicolas V. de censibus numero 9. Mastrillus ad Petrum Gregorium de censibus, quæstione quinta numero 146. Amato libro 1. resolutione variarum resolutione 7. numero 36. ex versiculo, Pro contraria, Anellus Amatus consilio 10. numero 15. versiculo 5. & dixi supra dicto numero 27.* In summa ius luendi, ideo inuentum est, vt extinguendo primum reditum, extinguat quoque, & resoluat hypothecas, quibus ille subijciebatur, reddatque nouum possessorem reditus liberum, & immunem indemnemque à molestia creditorum possessoris antiqui reditus.

39 Huic effectui planè repugnat secundus effectus attributus eidem contractui, videlicet successio in iura, & actiones primi creditoris cedentis, & ex consequenti in eius prioritatem. Etenim cum per ius luendi transfertur census, nulla cessio esse potest, & ex consequenti nulla successio in ius primi creditoris, quod ratione iuris luēdi extinguitur, & sopiuntur, resoluunturque omnes actiones veteres, & solū remanēt ex nouo contractu noua iura,

& actiones, in quibus nullum ius habent creditores primi possessoris. Et quemadmodum in vno, & eodem subiecto sunt incompossibiles vita, & mors; sic est impossibilis resolutio, & extinctio, vnius iuris, & actionis, & eiusdem cessio, & conseruatio. Quare si rigor iuris seruandus esset, planè diceremus, contractum in quo simul duo ista pacta cessionis, & translationis per ius luendi inueniretur, esse nullum, & inualidum, vtpotè continentem incompossibilia, & repugnantia, *l. vbi repugnantia 149. ff. de regulis iuris.* Sed temperando rigorem, vt actus magis valeat, quàm pereat (quod semper procurari debet, vt notat ibi *Decius numero 4. Cagnolus numero 4. Castillo quotidian. controuers. libr. 3. capit. 10. ex numero 19.*) seruabimus doctrinam grauissimorum doctorum, qui dicunt, quoties vnico tempore tractatur de solutione & cessionis impetratione, constare solutionem factã esse animo eximendi reum à iudicio primi creditoris, non autem animo tollendę obligationis, & eradicandi substantiam debiti, seu illud extinguendi, & resoluendi. Ita Docuit *Baldus in l. 1. numero 5. Salicetus numero 4. & num. 5. in fin. versiculo, Oppone 4. Cod. de action. & obligat.* vbi ait, quod pactum præualet solutioni, & facit illam intelligi secundum se, & non è contra; quia si è contra intelligeretur, tunc pactum in totum vitiaretur, *Paulus in l. Modestinus 76. numero 1. Imola numero 4. ff. de solutionibus, Albericus in leg. Papinianus 28. ff. mandat. Ponte consil. 6. num. 6. & 7. lib. 1. Cassanate consil. 10. numer. 101. & 102. cum sequentibus, & consil. 11. ex nu. 19.* Et sic iudicauit Sacrum Consilium, me interueniente in causa Egregij Consiliarij Andreæ Marchesij, amici nostri præstantis viri, ingenio, doctrina, & humanitate, cum Illustri Marchione Ceruinariæ, referente non minus singuli viro, ingenio, doctrina, & integritate charissimo mihi D. Flaminio Constantio die 8. Iulij anni 1634. Actuario Figliola, quam retulit *Consil. Hector Capicius Latro dicta decisione 16.* In qua in contractu, de quo agebatur, interuenerant illa duo pacta, cessionis iuris luendi, & cessionis actionum. Nihilominus iudicatum est, primas actiones non esse extinctas, sed translatas in dictum Dominum Andræam Marchesium, esseque illum creditorem ex tempore primi contractus cessi actionumque ex illo quæsitarũ.

40 Ex quo planè fit, cessionem iuris luendi esse omnino inutilem, & superuacuam, & sine effectu, cùm coniungitur cum pacto cessionis faciendæ à primo creditore. Nam si primæ actiones, & primæuum ius census conseruatur in suo esse illæsum, & instinctum, ius luendi nihil operatur. Atque si creditor sponte sua, sine vllo iure luendi cesso cedit iura sua soluenti, ex cessione consequetur cessionarius idem ipsum ius, quod consequitur cesso iure luendi, sine vllo prorsus discrimine, quia ex cessione census habet primæuum illud ius illæsum, quod inuito etiam debitore consequi potuisset, iuxta dicta *supra numero 2. & 23.* Quare cessio ista iuris luendi facta à debitore est omnino sine effectu, & infructuosa.

41 Illud tamen fateamur, necesse est, illas actiones, & ius ipsum census in extinctum, quod per cessionem transfertur à primo creditore in nouum possessorem, remanere obnoxium, & subiectum hypothecis, & obligationibus contractis ab antiquo possessore, & obligatum eius creditoribus. Quemadmodum cùm fit venditio fundi, domus, aut alterius possessionis, transit in nouum dominum cum obligationibus contractis, apud antiquum dominũ, quia res obligata transit ad quemcunque cum suo onere, & obligatio realis transfertur cum re ad quemcunque possessorem, *l. alienatio 67. ff. de contrahenda emptione, leg. via 23. §. si fundus. ff. de seruit. rusticor. l. vltim. §. Lucius ff. de donation. leg. traditio 20. §. quoties, ff. de acquirend. rerum domin. l. prædys 36. ff. de iure fisci, cap. ex literis 5. & ibi glossa vltima de pignor. l. 53. tit. 6. part. 1. Merlinus decis. Lucensi 19. num. 1.*

42 Neque hic locum habet vana excogitatio, & inanis subtilitas quorundam, qui dicunt, primum creditorem, si secludamus ius luendi censum, non posse compelli cedere censum, quamuis illi offeratur ab extraneo pretium census, cum reditibus decursis; sed cùm plurimum posse compelli ad patiendam redemptionem, seu extinctionem census. Ex vi verò iuris luendi acquisiti ab extraneo, consequi extraneum ius, vt possit compellere creditorem census ad retrouendendum, quemadmodum posset illum compellere ipse venditor, seu debitor census. Et rursus cùm ex iure luendi oriatur, vt possit extraneus compellere creditorem ad retrouendendum succedit doctrina celebris *Bartoli in leg. in diem 9. numero 2. ff. de aqua pluuia arcend.* quam commemorauimus, & approbauimus supra *disputatione 23. numero 29. & 30.* vt cùm translatio rei io alium est necessaria ob contractum antecedẽtem, omnes hypothecæ medio tempore contractæ rescindantur, & resoluantur, quoniam resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus.*

43 Ioanis, est, inquam, hæc consideratio, & sine fundamento, quia, vt suprà diximus, ius luendi à debitore cessum, non potest tribuere extraneo ius ad compellendum creditorem, vt cessionem faciat. Etenim quod non operatur ius luendi apud ipsum debitorem primo acquirentem, non poterit operari apud cessionarium. Debitor autem non potest vi iuris luendi compellere creditorem ad cedendum, sed solum ad extinguendum censum, & resoluendum omne ius acquisitum ex primo contractu, eo quod contractus census ex natura sua est resolubilis, & extinguibilis, etiã si non posset alij cedi neque in alium transferri. Demus enim, appositum esse pactum in prima census constitutione, vt non possit alteri cedi, neque in alium transferri à primo creditore: profecto iste census erit tam redimibilis, & subiectus iuri luendi, quàm sunt omnes census transmissibiles, & censibiles quibuslibet extraneis. Nam ius luendi, seu redimendi naturale contractui census redimibilis, non datur respectu extraneorum, sed ipsius debitoris, aut eius, qui eius nomine soluat, & redimat. Quapropter si extraneus vtatur iure luendi, non alio fine, aut ad alium effectum poterit vti, quàm ad extinguendum, & resoluendum primum contractum, liberandumque debitorem, correos, fideiussores, & hypothecas, vt posset debitor ipse, ad quem effectum non eget iure luendi, nam posset, etiam sine illo debitorem, etiam inuitum soluta sorte capitali, cum tertijs liberare, vt diximus *sup. num. 7. & n. 25.* Ex quo rursus probatur, & conuincitur inutilis cessio iuris luendi, cùm neque ad liberandum debitorem necessaria sit, neque ad compellendum creditorem, vt cedat;

44 Retrouenditionis autem nomen, quod totam hanc rem inturbidauit, sciendum est, esse æquiuocum, & habere diuersa significata. Nam iuxta communem, & vulgarem significationem significat secundam venditionem rei prius venditæ, & sic præsupponit rem, quę primum transferatur à venditore in emptorem, & post redeat ab emptorem ad venditorem: vt si vendatur domus cũ pacto de retrouendendo, eadem domus, quæ transfertur in emptorem, restituitur venditori vrenti pacto de retrouendẽdo. Similiter si census, iam constitutus venderetur alicui cum pacto de retrouendendo, idem census, qui fuit apud

pnd venditorẽ, & illud idem ius restitueretur ab emptore virtute pacti de retrouẽdendo,& fine vlla resolutione, aut extinctione transiret, & transferretur ab vno in alium. Longè diuersam significationem habet retrouenditio quam, dicimus includi in contractu census redimibilis,non enim significatur,per illam esserem aliquam,quæ vendatur,& possit transire ab emptore ad venditorem, & illi restitui, sed constitui, quodam ius extinguibile, & resolubile per retrouenditionem, & quod simultaq; retrouendatur, resoluatur, & desinat esse Redemptio igitur, seu retrouenditio census natura sua habet, vt extinguat, & resoluat censum, perimitq; ius illud quod per primũ contractum constitutionis acquiritur, vt notat *Gasp. Roderic.de annuis reddit. lib.2.q.15.n.3. Federic. Martini de iure censuum, cap.8.ex n.35.Felician. de censib.tom.1.lib.3. cap.2.num.19. Auendan.de censibus cap.102.ex num.1. Mastrill.ad Petrum Gregor.de censibus q.5.num.144.Camil.de Medicis cons.165 numer.37.* Pactumque redemptionis appositum in contractu census,non aliud est,quàm pactum resolutionis, & extinctionis, ex quo census manet resolubilis, & extinguibilis, & redimibilis, seu temporalis, ad differentiam census emphitentici, perpetui, & irredimibilis; non tamen habet census ex eo pacto, vt sit transferibilis, & cessibilis: aliud enim est, censum posse redimi, aliud posse cedi, cùm census emphyteuticus cedi possit, seu vendi, redimi non possit. Idque planè indicant verba ipsa *Extrauagantis 1. de emptione, & venditione*, ibi: *Et semper in ipsi contractibus* (scilicet censuum) *expressè ipsis venditoribus data fuit facultas, atque gratia, quòd ipsum annuum censum in toto, vel in parte pro eadem summa denariorum, quam ab ipsis emptoribus receperunt quandocunque vellent liberè, absque alicuius requisitione, contradictione, vel assensu possent extinguere, & redimere, ac se ab ipsius census solutione ex tunc penitus liberare.* Ecce redemptio, extinctio, aut liberatio, idem sunt. Et redemptio non est accipienda, quasi sit rursus emptio, vt in *l.quoties 9.§.seruus, ff.de hæred.inst.* sed, vt dicimus, redimi quem ab hostibus, pro liberari, & libertatem consequi.

45 Verbum igitur, *Retrouenditionis*, quo vtitur extraneus cessionarius iuris luendi, dum illi ceditur census à primo censitore pro pecunia illi soluta, sumitur inpropriè, & abusiuè. Illa enim non est redemptio census, aut retrouenditio, sed est propriè venditio per omnia similis illi, per quam primus ille dominus census, fine vllo iure luẽdi, aut consensu debitoris censum venderet eidem tertio ementi. Cum enim habemus effectum, qui correspondet venditioni, non debemus stare verbis sed effectui, *Rubr. & toto titul. C.plus valere quod agitur*, & ad iudicandum de qualitate contractus, non consideratur sonus verborum, sed effectus rei; quia potius verba deseruiunt naturæ contractus, quàm natura verbis, *leg.sed si possessori 11. §.item si iurauero, ff.de iur.iurand.* Ideo rectè dixi *Cicero in orat.12.pro Aulo Cecina num.53. voluntas si tacitis verbis intelligi posset. verbis omnino non vteremur, quia non potest, verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem.* Facit elegans textus in *l.Labeo 7.§.id Tubero, ff.de supellectile legat. iuncto, §.præcedenti*, ibi: *Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi vsu nomina inquis exaudiri debere.* At in casu proposito voluntas, & effectu est venditionis, non reuenditionis. Ergo illud verbum *Reuendidit*, non debet haberi in consideratione, *Tarifius cons.20.num.62. & cons.78.n.10.vol.* & quando contrahentes dicunt, facere se contractum reuenditionis, si effectus est venditionis, iudicabitur facta venditio, non reuenditio, iuxta egregiam doctrinam *Tiraquel. de*

retract.lign.§.30.glos.1.nu.11. qui iuxta morem refert pro ea multos, *& Rolandi*, qui loquitur in specie *consil.60.ex n.40.vol.3.* & adiungit multa, quam sequitur *Mastrill. ad Petrum Gregorium de censibus q.5.ex n.144. Giurba decis. 87.nu.21.Amato var.resol.lib.1.resol.7.num.34.Camillus de Medices d.cons.165.num.25.& Hector Capic-Latro,d.decis.16.num.28.* Cum igitur contrahentes faciant hunc contractum ad finem acquirendi proprietatem census, & faciendi fructus suos, non est dubium, quin hæc sit venditio, quæ denotat conseruationem. Etenim si esset redemptio, seu retrouenditio, extingueretur per illam primus contractus, & eius effectus, videlicet ius exigendorũ redituum. Et sic venditio, & reuenditio non possunt simul stare, quia effectus sunt contrarij, vt rectè considerat *Camillus, de Medicis d cons.165.nu.11.& 12.*& diuersa sunt, vendere, & reuendere, vt notat *Baldus cons.495.ex nullo capite, n.3.volum.1.& Rolandus d.cons.69.volum.3.*

46 Ita sit, vt nullo iure extraneus, siue sit cessionarius iuris luendi beneficio cessionis factæ à debitore, siue non sit, possit compellere primum creditorem, primumvè dominum cẽsus ad vendendum, seu cedendum ius census; sed solum potest illum compellere ad patiendam redemptionem, vel extinctionem census, liberandumque debitorem,fideiussores,& pignora,*iuxta text.in l.soluendo,cum similibus ff.de negot.gest.* cui ex hoc actu solum acquiritur contra debitorem census actio negotiorum gestorum, vt dixi *sup.n.56.* Quod si primus creditor, & dominus census sponte sua, non coactus,quia cogi non potest, censum vendat, seu cedat, acquiret proculdubio iste extraneus emptor census omnia iura primi creditoris cedentis, & vendentis censum,& in eius locum subrogabitur. Verum cùm hæc venditio sit voluntaria, & non ex necessitate prioris contractus, præcedentis; quia talis contractus,in quo creditor se obligauerit ad cedendum,seu vendendum censũ extraneo soluenti non præcessit; sed solũ obligatio patiendi redemptionem, & resolutionem soluente debitore vel extraneo eius nomine, eo quod census est redimibilis, & extinguibilis, non perpetuus, fit vt non possit habere locum illa doctrina *Bartoli de qua supra n.42.* vt videlicet extinguantur omnes hypothecæ supra casu impositæ, vtpotè super re, quam ex necessitate præcedentis contractus possessor restituit. Quare prædictus contractus inutilis est ad consequendos dictos effectus secum non bene cohærentes, & incompossibiles. Nam aut census prior extinguitur, per redemptionem, & consequenter omnes hypotheca supra illo impositæ,& ius creditorum illum possidentis perimentur, ob ius luendi cessum extraneo, quod est ius ad extinguendum, & liberandum; & tunc purgabit, & debitorem, & hypotheceas à debito, sed non poterit iste extraneus consequi antiquitatẽ prioris census tam extincti. Aut conseruabitur primus census venditus, & cessus huic extraneo, & consequetur emptor prioritatem,& antiquitatẽ primi, contractus; sed non consequetur liberationem census ab hypothecis contractis,dũ erat apud primum possessorem, quia semel contracta hypotheca, nisi soluto debito non soluitur vt dixi *supra disp. 22.n.4.* atque adeo duo isti effectus sunt repugnantes, & incompatibiles. Non itaque poterit iste extraneus sic emens duabus sedere sellis, neq; duos parietes eadẽ dealbare fidelia, & vnica filia duos parare generos,vt habent vetera prouerbia, & rectè considerat *Camil. de Medicis d. cons.165.num.23.* quod etiam visum fuit incommodum *Feliciano de censib.tom.1.lib.3.cap.2.num.18. versic. E contra verò, & Gasp.Roderico de annuis redditib. libr.2.q.17. nu.9.* Nam qui duos insectatur lepores, neutrum capit,&

qui duplex captat commodum, vtroque frustratur, & sic corruit tota hæc machina.

47 Veruntamen existimo adhibita optima, & vtilissima cautela nouiter à me excogitata, fieri, posse, vt duo ista, quæ dixi, incompatibilia esse, iuxta præsentem statum censuum, & pacta quæ communiter illis adijci solent, nempe conseruationem antiquitatis census, & extinctionem hypothecarum in illo contractarum, secum inuicem coniungantur, & reddantur compatibilia. Videlicet si pactum retrouenditionis appositum vulgo in omni cõtractu census concipiatur sub noua formula subsequenti. Paciscatur venditor census, seu debitor in prima census constitutione, vt quoties debitor pretium census emptori integrè restituerit, si fuerit ex propria pecunia, teneatur pati redemptionem, seu extinctionem census, & liberationem debitoris illumque absoluere, & pœnitus liberare, ab obligatione censuali (quemadmodum modo quoque fit) & adijciat, quod si ipse debitor restituat pretium census emptori ex pecunia aliena, vel faciat, vt illud restituat quilibet tertius extraneus, teneatur ipse emptor seu creditor censum ipsum cedere tertio pecuniam soluenti, seu illi de cuius pecunia prætium sit solutum, siue cesso, siue non cesso iure luendi. Etenim cùm eueniente casu creditor census virtute huius pacti in prima cõstitutione census adiecti teneatur censum cedere secundo emptori, ex cuius pecunia pretium est restitutum, census quidem vtporè idem, qui erat ante, remanebit cum sua antiquitate: sed cum cedatur, & transferatur ex necessitate contractus præcedentis omnes hypotheeç interim contractæ supra illum resoluentur, & extinguetur, & succeder egregia *Bartoli doctrina in l. in diem 9. numer. 2. ff. de aqua pluuia arcend.* communiter ab omnibus approbata, de qua *supra num. 42. & disputat. 23. numer. 29. & 30.* Nam cum dominium rei est limitatum, & obnoxium restitutioni, hypotheca censetur contracta interim, dum durat dominium: verum aduenicnte casu extinctionis dominij, & translationis in alium, hypothecæ resoluuntur, & extinguuntur, iuxta vulgarem, & celebrem regulã, quod resoluto iure dantis resoluitur ius accipientis, *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus*, quod accidit in omnibus similibus casibus, vt notaui supra *dict. disputat. 23. num. 30. &* 65. Cogitabis nam hæc noua sunt.

48 Deueniamus tandem ad tertium effectum non minus nouum, nec minus mirabilem, vt videlicet iste cessionarius iuris luendi, si tractatur de recuperando capitali, præferatur iuxta proprietatem prioris census; si verò de recuperandis redibitibus, habeat solum antiquitatem secundi contractus, in quo articulo vidi deceptos, etiam perdoctos homines, inconsideratè tamen, & repente loquentes ductosque ab alij cœci, ideò in foueam omnibus casuris.

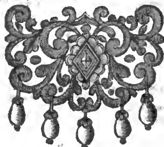
49 Præsupponamus, quod certissimum: ex vno, & eodem contractu census, annui introitus, seu reditus (quæ omnia sunt nomina eiusdem rei) oriri duplicem obligationem, vnam primariam soluendi reditus annuos, alteram secundariam restituendi sortem capitalis, in casu non implementi primæ obligationis, iuxta adnotata à nobis *tit. 1. disputatio 5. ex numero 4.* Istæ autem duæ obligationes, ita sunt conexæ, & colligatæ in vno contractu, vt vna ab altera disiungi, & sperari non possit. Igitur in casu, de quo agimus, aut extat primus contractus census venditi huic nouo cessionario, aut beneficio iuris luendi est extinctus, & factus contractus nouus. Nam impossibile est, vt extet antiquus pro parte, & sit extinctus pro parte, cum contractus sint indiuidui. Atque item fieri non potest, vt illi reditus simul debeantur ex duplici contractu, veteri, & nouo simul extantibus, *l. qui bis idem 18.* iuxta interpretationem *Bartol. ibi, numero 1. Angeli, Cumani, num. 1. & 2. Pauli num. 1. Ioan. de Imola num. 1. & 2. Romani num. 1. Alexand. num. 2. & 3. Iasonis num. 1. Alciati ex num. 3. Zasij. num. 11. ff. de verb. oblig.* Igitur si extat primus contractus, quod verè dicendum est, cum facta sit cessio à primo creditore, ex illo orietur obligatio primaria soluendi reditus, & secundaria restituendi sortem, & habebit anterioritatem temporis primi contractus, qui ceditur. Si contractus primus est resolutus, & solum remanet secundus nihil debebitur ex primo sed obligatio tam primaria; circa solutionem redituum, seu tertiarum, quàm secundaria circa restitutionem sortis in casu cessationis, orietur, ex secundo contractu, & sic solutionis reditus obligatio, & obligatio restituendi capitale semper habebunt eandem anterioritatem, & antiquitatem. Idque planè probatur ex *textu in l. 2. Lucius 18. ff. qui potiores in pign. habean.* qui procedit in vsuris conuentis, & sic etiam in interesse conuento, aut tertijs, & ex illo notant *Ripa in l. priuilegia 16. num. 9. ff. de priuilegijs credit. Gregor. Lopez in l. 14. tit. 13. part. 5. gloss. 3. Negusant. de pignorib. 5. p. membr. 1. ex n. 11. & num. 12. vers. Et non obstat, Felician. de censib. tom. 1. lib. 3. capit. 5. n. 18. & tom. 2. lib. 3. cap. 5. n. 17. Gasp. Roderic. de annuis redditib. lib. 3. quæst. 7. n. 69. versic. Superest modo, Ponte cons. 76. num. 11. & 12. libr. 1. & decisio. 34. ex num. 45. Cacheran. decis. 129. nu. 11. Magon. decis. Florent. 127. num. 3. & 4. Bartius decis. 108. numer. 4. Seraphin. decis. 481. nu. 5. Castillo decis. 17. ex num. 23. & ex num. 31. lib. 1. Minsiger. singul. obseru. cent. 1. obseru. 59. Francisc. de Claperijs causa 18. quæst. vnica, ex num. 1. Mastrill. dec. 119. numero 11. & ad Petrum Gregorium de censib. quæst. 6. num. 94. & 95. Mantic. de tacit. & ambiguis conuentionibus libr. 11. tit. 22. num. 32. Rice. collecta. 473. versic. Amplia 3. & collect. 1438. in fin. Paschal. de patria potest. 2. part. cap. 7. numer. 41. Grat. tom. 1. discept. forens. cap. 43. num. 29. Guzman de euictionib. quæst. 13. ex numer. 50. Mozius de contractibus tract. de pignorib. tit. de naturalibus pignor. & hypothecæ, numer. 29. Regens Fabius Capic. Galeota controuers. 56. n. 14. & 35. tom. 1. Quare merito Ponte d. decis. 34. numer. 53. versic. Audini*, miratur, & exclamat de contraria quadam decisione S.C. & dicit esse contra vsum, eo vsque obseruatũ in eodem Tribunali: potuisset dicere, esse contra omnem iuris rationem, quamuis eam defendere conetur idem *Fabius Capicius Galeota inuehens aduersus Ponte controuersia 21. in appendice, tom. 1.*

50 Verum est tamen, hanc doctrinam limitandam esse primo in casu singulari, videlicet si quis debitor verb. grat. ducatorum cẽtum ex contractum mutui nouatione facta cum suo creditore, faciat ex contractum census, seu annui introitus ad rationem septem pro centenario repetitis eisdem pignoribus datis, pro contractu anteriori mutui nouato, ex quo nouo contractu maneat obligatus obligatione primaria ad soluendos annuos reditus quantitatis septem ducatorum, & obligatione secundaria ad soluendum capitalem ducatorum centum in casu cessationis: nam tunc obligatio primaria, & secundaria non habebunt eundem gradum prioritatis, sed disparem. Obligatio enim primaria soluendi reditus orta ex contractu nouante habebit secundum, & posteriorem locum. Obligatio verò secundaria soluendi capitale habebit eandem anterioritatem, & priorem locum, quem habebat contractus anterior mutui nouatus cuius hypothecæ eædem sunt repertæ in contractu census iuxta dicta supra eadem *disput. n. 14. & textus in l. credit. 3. in princ. & in l. si*

prior

prior 13. & in leg. Titius vltim. ff. qui potiores in pign. habe. Quia obligatio istius secundi contractus in eo, in quo concurrit cum quantitate primi, videlicet in quantitate capitalis, habet eandem antiquitatem, & prioritatem, quã primus, ob pignorũ repetitionem, ex qua prouenit, vt creditor sibi ipsi succedat quoad quantitatem prioris debiti, in eo verò, in quo excedit obligationem primi cõtractus, & est vltra illam, non habet prioritatem primi contractus, sed solum antiquitatem secuodi.

51 Item regulam *d.l. Lucius, ff. qui potiores*, secundo limitandam existimãt multi in vsuris, seu interesse legatorum debito officio iudicis ob moram hæredis, vt videlicet interesse legatorum respectu patrimonij defuncti, non habeat eadem anterioritatem, & locum, quem habent legata. Hanc limitationẽ tradit *Soc. cons. 41. ex n. 19. volum. 4. Consentiunt Franchis decis. 374. num. 12. & decis. 613. num. 13. Surd. decis. 271. Salernitan. decision. 16. & ibi additio, Ricc. collect. 1438. in fin. vers. Non leuis. Facit Fabius Capic. Galeota controuers. 21. ex num. 19. tom. 1. & Cassaneus in consuetud. Burgund. Rubric. 4. §. 23. verb. Des le terme, numer. 11.* vbi ait, hypothecatas res pro principali, nõ censeri hypothecatas pro vsuris, nisi expresse cautũ fuerit inter partes. Cuius limitationis optimas rationes reddiderunt *Socin. & Surd.* quamuis dissentiat *Negusant. de pignorib. 5. part. membr. 1. ex numero 11. & numero 22.* Atque hæc dicta sint de hoc secundo tomo, & toto libro de Iudicis. Ei autem finem imposui Neapoli 14. die mensis Augusti, vespere Sanctissimæ Assumptionis Beatissimæ Virginis Mariæ cœlorum Reginæ, anni *1639*. Cœpi autem ipsum Scribere die sancti Bartholomei Apostoli Augusti 25. anni *1634*. & absumpsi quinquennium in hoc opusculo perficiendo, scripsi, & transcripsi propria manu, quemadmodum, & primum volumen, quod in sua practica fecisse se dixit *Maranta*. In quo, si quæ dicta sunt vtilia, Deo Optimo Maximo, omnium bonorum authori gratiæ habeantur, cuius ope ad huius operis finem perueni; sicubi verò erratum, dignus sum condonatione, qui iuuandorum studiorum, & inquirendæ veritatis causa tantum suscepi laborem: quo tam testo de fatigatus, tantum confractus, præsertim ingrauescente iam ætate, vt credam me deinceps scribendi vlterius onus depositurum susceptum gratis, cui hucusqoe suscepti labores fuerunt omnino infructuosi, & inutiles, quæcunque autem scripsi, Sanctæ Matris Ecclesiæ Catholicæ censuræ subiecta esse volo.



APOLOGIA
PRO QVIBVSDAM AVTHORIS SENTENTIIS,
ADVERSVS QVASDAM DECISIONES SCIPIONIS ROVITI.

SVMMA APOLOGIÆ.

1 *VI Doctores tractent articulum, an Officialis teneatur de culpis, & defectibus substituti à se.*
2 *Regulam, substituentem teneri, tribus limitationibus esse limitandam.*
3 *Textus contrarij.*
4 *Distinctio ad textus conciliandos.*
5 *Subdistinctio, & resolutio difficultatis.*
6 *Primus casus, de quo agit Rouitus est extra rem.*
7 *Officia publica non sunt instituta ad commodum priuatorum, sed Reipublicæ.*
8 *Clausula, quòd substituens principaliter teneatur de culpis substituti, quem effectum habeat.*
9 *Textus in l. vlt. ff. si certum petatur, & aliorum declaratio.*
10 *Quid decisum.*
11 *Rouiti, patens perturbatio in dec. 87. in qua benè latæ sententiæ in peius sunt reformatæ.*
12 *Decisio illa nulla, & prolata à iudicibus illegitimis.*
13 *L. vlt. C. de pact. cum similibus habet locum in contractu patris de bonis filij viuentis facto ab eo, qui in illa successurus est.*
14 *In patre quamuis, non præsumitur votum captandæ mortis filij, potest tamen timere.*
15 *Præsumptio amoris cessat in patre, qui facit aliquid in præiudicium filij.*
16 *De parente transeunte ad secundas nuptias minus confidit lex.*
17 *Maior cupiditas patris arguitur ex excusatione Rouiti.*
18 *Pactum de hæreditate viuentis valet, quando fit in executionem, & consequentiam alterius pacti.*
19 *Hæc doctrina nullo modo cadit in casum prædictæ decisionis, & num. 20. & 21.*
22 *Casus decisionis manet sub regula.*
21 *Argumentum ineptum Rouiti.*
24 *Ostenditur ratio, cur contractus, de quo in prædicto casu, non sit in consequentiam præcedentis contractus, sed contra executionem ipsius, & discrimen huius contractus ab alio.*
25 *Contractum esse de hæreditate, & patrimonio viuentis.*
26 *Satisfit decisioni Vincentij de Franch.*
27 *Consuetudo Capuanæ, & Nidi non agit de successione dotis, sed de eius restitutione, & n. 28.*
29 *Turpe est deponere de bonis, quę quis acquirere non potest, nisi per successionem.*
30 *Bona comprehensa in donatione, de qua hic, tempore donationis pertinebant pleno iure ad filiam viuentem.*
31 *Exempla feudi, & emphyteusis, & bonorum in quibus quis habet vsumfructum, non sunt ad rem.*
32 *Legata, de quibus in hoc casu, erant ultra quantitatem, de qua poterat disponi, & per eadem fere verba, & cum eiusdem, vel similibus præsumptionibus.*
33 *Clausula indulti, de qua in decisione 90. Rouiti.*
34 *Proponitur casus, & expenditur difficultas in expositione clausulæ, ostenditurq; non posse cadere in eam expositionem Rouiti.*
35 *Distinguuntur duo casus, quibus quis non gaudet indulto. Primus quando facto iudicis de quo sunt intelligenda prima verba prædictæ clausulæ, ib.*
36 *Secundus, quando facto ipsius rei, de quo intelliguntur verba posterioris clausulæ.*
37 *Qui petit terminum ad soluendum, censetur acquiescere sententiæ.*
Verbum, Cauere, quid significet, & quomodo accipiatur, ibid.

DISPVTATIO PARERGON.

TAcere nomen cùm possis laudare, aperire cùm vis reprendere ęmulationis apertum iudicium est, nisi mauis interni odij non leuem coniecturam. Cùm minimum indicat animum parum amicum. Venio ad rem. Edidit quasdam decisiones, in quarũ quibusdam, tribus videlicet 79. 87. & 91. Ego interueni, & in eis quędam mihi aduertenda visa, sunt, tùm pro detegenda veritate, tùm pro defendenda iustitia.

AD DECISIONEM LXXIX.

1 OCcurrebat ibi decidendus articulus an Officialis publicus teneatur de culpis, & defectibus lis substituti à se nominati quem prępofuit ministerio? De quo tractat *textus in leg. 1. in princip. & in §. familia, & in §. quod nouissimè, vbi Bartol. & Doctores, et in leg. 2. et 3. ff. de publican. et vectigal. leg. 1. ff. ad legem Iul. repetund. leg. iure prouisum 5. Cod. de fabri censib. lib. 11. leg. 1. et 2. C. de periculo nominatorum, eodem lib. 11.* De iure Castellæ *leg. 4. tit. 6. libro 3. Recopil. gloss. in l. obseruare, §. proficisci, verb. Exigatur, ff. de offic. Proconsul. & legat. Romanus consil. 11. et consil. 338. ex numer. 6. Lucas de Penna in leg. agentes 5. ex numero 8. Cod. de agentibus in rebus, libro 12. Fuluius* Constantius *in l. nullus 60. ex num. 57. C. de Decurionibus, eodem libr. 10.* Carauita *ad Ritum* 49. *ex numero 18. Puteus de sindicatu, verb. Familiaris seu familiæ potestatis, cap. 4. et 5. et verb. Substitutus, cap. 1. numero 1. et cap. 2. ex numero 1. Felinus in cap. Petrus 17. ex numero 2. de homic. Ludouisius dec. 233. Giurba consil. 36. Marcellus*

lus Maurus allegat. 93. Farinacius in prax. criminal. quæst. 24. ex num. 53. et consil. 207. et consil. 230. volum. 3. idem Rouitus consil. 87. volum. 1. Auendanus de exequend. mandat. 1. par. cap. 3. num. 5. vers. Correctior. autem. cum sequentib. & numero 6. Auiles in cap. 4. Pratorum, verbo, Sea obligado, Berartus in speculo visitationis, capitul. 25. ex numer. 79. & 82. Cancer variar. resolutio. par. 3. cap. 12. ex num. 136. Paz in prax. 1. tom. 8. par. cap. unico ex num. 16. Conradus in templo omnium iudic. libr. 1. capit. 1. §. 3. versicul. Vigesimo quinto. Bouadilla libr. 2. Politic. cap. 12. numer. 43. & libr. 5. cap. 1. ex numer. 78. Mastrill. de magistratibus lib. 1. cap. 29. num. 41. Ioannes Solorzanus de Iure Indiarum, lib. 3. cap. 6. ex numer. 106.

2 Dubitabatur in illo casu, an nominatores præcisè soluere deberent condemnationes factas substitutis, aut factas nominatoribus pro culpa substitutorum: an tenerentur dumtaxat substitutos exhibere, qua exhibitione facta essent liberandi, & multa hinc inde sunt allegata, & dum discuteretur difficultas dicta, & considerata. Ego qui multa ex prædictis locis videram, omnes textus, qui prędictam difficultatem concernunt, dicebam, statuendam esse regulam, nominatorem teneri de culpis, & defectus substituti, ita vt ob eius culpas, & defectus condemnari possit, & compelli ad soluendam condemnationem, Sed hanc regulam esse limitandam. Primo, si principalis nominator substituit, vel nominat ex necessitate officij. Secundò, si substituit idoneum. Tertiò, vt liberetur exhibendo substitutum.

3 Verùm aduersus tertiam limitationem obijci posse textus in l. Imperator. 11. §. quod si fortè. ff. ad municip. & de incol. l. vlt. in fine. C. quo quisque ordin. conuen. lib. 10. l. quond. Augerio 3. in fin. C. de conuent. Fisci debitor. eodem lib. 10. l. 2. & 2. C. de pericul. nominator. lib. 11. in quibus nominator videtur esse fideiussor nominari. Fideiussor autem non liberatur exhibendo, sed soluendo §. si verò aliquis institut. de satisdatio. §. fin. institut. de replicat. Cùm non sit fideiussor de iudicio sisti, qui exhibendo liberaretur, leg. 2. & sequentibus ff. si quis cautionib.

4 Quorum textuum difficultati satisfaciendum esse distinguendo diuersos casus. Nam aut Officiali committitur administratio iustitiæ, aut administratio patrimonij fiscalis, aut publici. Primo casu procedunt omnes limitationes prædictæ.

5 In secundo casu subdistinguendum est. Nam aut agitur contra Officialem substitutum de interesse priuatorum, quibus fuerit facta iniuria, aut illatum grauamen ab ipso substituto. Et similiter in isto casu procedunt limitationes prædictæ, & de hoc casu loquitur textus in l. 1. §. familia, & §. quod nouissimè, & in l. eum si exhibuissent 3. ff. de publican. & vectigal. Aut agitur de interesse Fisci, aut Reipublicæ, & tunc non liberantur nominatores exhibendo, sed tenentur soluere, & satisfacere. Atque hac distinctione facta exponuntur omnes textus, qui loquuntur de hac materia. Hanc ego distinctionem, non didici ab insigni viro Regente Caimo, cui attribuit doctrinam Rouitus, sed cùm inter discussionem articuli hæc ego dixissem, quę labore meo, & cogitatione attigeram, Visitator, qui aderat, dixit, similem se distinctionem vidisse in tractatu manuscripto Regentis Caimi de visitatione, cuius titulos, & ordinem ostendit mihi Doctissimus ille, & insignis vir omni virtutum genere; sed nihil vlterius vidi, Rouitus autem in dicta decisione 79. numero 19. versiculo, Aliqui dicebant, me ipsum hac verborum inepta formula significans, nolens hanc mihi qualem qualem laudem tribuere fecit. Authorem Regentem Caimum. Cuius quidem de visitatione tractatus magno studiosorum malo non est excussus, vtinam datus fuisset in lucem; forsam enim illius editione cohiberentur Visitationum inutilium Reipublicæ, nè dicam perniciosarum (si credimus Ioan. Francisc. de Ponte de potestat. Proreg. tit. 3. §. 7. num. 1. & 10. & rebus ipsis) calumniæ, grauamina, & iniuriæ, in quibus ferè semper publici latrones immunes euadūt, & impuniti; Boni autem, & integri Ministri innocentes puniuntur, & quæ non rapuerunt, ex soluunt, vt rectè, & cum iudicio animaduertit eruditissimus D. Ioannes Solorzanus de Iure Indiarum, tom. 2. lib. 4. cap. 8. numer. 23. & 24. relatis in eadem rem Deciano, et Bouadilla, & Ioannes Baptista Larrea decision. Granatens. 98. numero 26. & 27. par. 2. Solatium tamen est habere Deum vltorem, & iudicem, qui falli non potest, & noscit corda, & animos, & prætextus.

6 Accedit, quòd Rouitus de suo addidit, quod ego non dixi in d. decis. 79. numero 20. nam ille primus casus erat omnino extra comœdiam, agebatur enim de Officialibus publicis, & extra rem erat agere de officijs priuatis, vt nautis, & stabularijs, aut eligente ad negotia alicuius gerenda.

7 Secundus, item casus, de quo ibidem num. 21. non adaptatur ad textus, neq; ad distinctionem a me factam. Nam officia publica, & administrationis iustitiæ, non sunt instituta solum ad commodum priuatorum, sed præcipuè ad commodum Reipublicæ, cuius recta gubernatio, ad conseruationem eius pręcisè necessaria, in administratione iustitiæ per publicos Officiales consistit, & nihilominus, qui ad officia aliquos eligunt, liberantur, si eos tempore sindicatus exhiberint. Itaque standum est distinctioni à me factę, non illi à Rouitu, sub nomine insignis viri confictę.

8 In eadem causa occurrebat, quod in titulo Officials principalis aderat clausula, cum potestate substituendi, quę cōcessa fuerat, dum teneatur principaliter de culpis, & defectibus substituti. Quę clausula ad eum effectum dicebatur addita, vt substituens teneretur de culpis substituti, tanquam principalis, & vt excluderetur excussio, quæ alioqui præcedere deberet, antequam à principali condemnatio substituti exigeretur. Tametsi hunc effectū huius clausulæ minus clarè tradat Paris de Puteo de sindicatu, verb. Substitutus, capite 2. ex numer. 1. clarius tradunt Hyppolit. de Marsil. in Rubrica de fideiussoribus, numer. 64. Gayl. obseruat. practic. libr. 2. obseruat. 28. numero 2. & 6. Natta consil. 345. num. 3. volum. 1. Gualdensis de arte testan. tit. 6. cautela 30. num. 2. glossa 1. in l. 57. et gloss. 9. in l. 59. tit. 18. par. 3. glossa 2. post medium in l. 9. tit. 12. par. 5. Padilla in leg. neque pactum 1. numer. 14. C. de transact. Gutierrez de iuramento confirmat. 1. par. cap. 23. num. 8. Thesaurus decision. 166. Mantica de tacitis & ambig. conuention. libr. 16. tit. 17. num. 4. et 5.

9 Huic doctrinæ grauiter obstat (neque enim id dissimulandum est) textus in l. vltim. ff. si certum petat. cum similibus, iuxta quem dicunt Doctores, quòd quando fideiussor ex natura negotij est de indemnitate, vt re vera sunt nominatores l. as 2. C. de pericul. nominat. libr. 11. cum similibus, non potest renunciare beneficio excussionis, & tametsi renūtiet, nihilominus eo gaudere debet. Ita docuit Bart. in l. 1. numer. 2. Ioannes de Platea numer. 2. C. de conuenient. fisc. debitor. lib. 10. Hippol. de Marsil. in Rubric. de fideiussorib. numer. 23. et numer. 314. in alia impressione, num. 367. cum sequentibus, Maranta in speculo aureo 6. parte tit. de satisfactione 8. membr. iudicij, numer. 19. Gregor. Lopez in leg. 94. titulo 18. part. 3. gloss. 6. in fin. Roderic. Suarez in

in l. 2. titulo, De los emplazamientos, libr. 2. fori, §. quaeritur ulterius, ex numero 7. ad 12. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 13. numero 3. Couarru. in cap. quamuis pactum 1. part. §. 4. numer. 8. de pact. in 6. Gutier. de iur. confirmat. 1. part. c. 23. numer. 23. Azeued. in l. 13. ex num. 1. tit. 5. lib. 3. Recopilatio. Parlador lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 4. par. §. 7. nu. 9. Duenas litera F. regula 335. ampliatione 2. Bouadilla libro 5. Politic. c. 1. n. 85. Molina de iustitia, tractat. 2. tom. 2. disp. 545. num. 13. et 14. Et si quis diceret, huoc Magistratum obligasse se principaliter pro culpis, & defectibus substitutorum posset responderi, obligationem istam principalem exponendam esse, iuris ordine seruato, vt intelligatur in id, quód à substitutis seruari non possit, vt eam obligationē iura interpretauit, *l. prior. 4. §. vlt.* ibi: *Postquã res ab eo seruare non poterit, pro quo intercessit, ff. de administrat. rerum ad ciuit. pert.* oon enim potest renuntiatio, aut clausula adiecta mutare naturam cōtractus qui proculdubio est fideiussio, cùm principalis suscipiat in se alienã obligationem substituti, qui ex sua culpa obligatur. Cui doctrinæ, non aliter potest satisfieri, quam, si dicatur, nominatorem non esse fideiussorem indēnitatis, quemadmodum de fideiussoribus Magistratum censuit *Parlador. vbi supra num. 5.* & non videtur dissentire *Gutierrez vbi supra numer. 24. post Amadaum.* Sed dura profectò est sententia.

10 Stantibus nihilominus prædictis decisum est, vt testatur *Rouitus*.

AD DECISIONEM LXXXVII.

11 NVllibi tantum, tamque euidenter detegitur perturbatio *Rouiti*, quantum in ista decisione. In qua nè non esset legibus conformis, seruatus est liberaliter *text. Vlpiani in l. 1. ff. de appellation.* ibi: *Licèt nunquam etiam bene latas sententias in peius reformet, neque enim vtrique melius pronuntiat, qui nouissimus sententiam laturus est.* Ita factum est in prædicto casu. Auditor Exercitus tulerat sententiam, visa quadam scriptura facta inter partes, ex solo iure illo, *pacta seruentur, pacta custodiantur*, Lippis, & Tonsoribus noto, non examinato, quale esset pactum, an inhonestum, an legibus reprobatum, iussit seruari. Appellatum est à sententia. Commissa mihi per delegationem causa reuocaui. Auditoris sententiam: appellatum est iterum a mea sententia, & causa delegata Consiliario tunc, nunc Regenti Didaco Bernardo Zufia. Ille confirmauit senteotiam meam in omnibus, & per omnia quæ nitebatur apertissimis iuris principijs, à primo iudice non animaduersis. Iterum appellatum est a sententia vltima, & delegata causa Scipioni Rouito. Nam in Audientia Exercitus iste ordo seruatur, vt quoties appellādum sit, causa delegetur alicui Ministro qui solus procedit, confirmando, vel reuocando sententiam prioris iudicis. Rouitus cui causa appellationis fuerat delegata sic voluit iudicare illam, nè posset appellari à sua sententia, quam planè sciebat reuocandam, si ab illa appellaretur, tanqoam nullo solido iuris fundamento innixam. Vsus est stratagemmate extraordinario, accomodato ad suum finem, sed contra omne ius, & stilum Tribunalis, assumpsit secum totum Collaterale Coosilium ad causam iudicandam, vt sententia prolata videretur à toto Collaterali Consilio, sic ille dicit ante *numer. 1. in fine.* Eteoim nunquam visum est, Illustrissimos, & Excellentissimos Proreges delegare causas appellationis Audientiæ Exercitus Collaterali Consilio, sed vni vel alteri Ministro Legatur *Capiblancus libr. 2. de Baronibus cap. 2. num. 13.*

12 Sed decisio illa multis modis est, nulla, cum reuerentia, ab omni iuris ratione aliena. In primis est nulla, quoniam prolata à iudicibus illegitimis assumptis à *Rouito*, qui solum erat delegatus. Quis autem vnquam vidit: Delegatum assumere socios authoritate propria ad proferendam sententiam, quasi posset ipse delegationem suam socijs communicare (inquam rem vide *Bouadilla libro 2. Politic. capite 20. numer. 43.*) Deinde idem *Rouitus*, quia visa sententia a me prolata, & a Collega confirmata ob singulares & notatu dignas rationes, quas ille refert *numer. 1. & 2.* statim in aoimum induxit suum, illā reuocare, quęsiuit coloratam rationem aliquam, qua posset illam impugnare, inuenisse se viam à nobis non animaduersam, & inuenit doctrinas illas ab ipso relatas ex *n. 4.* & post ex *num. 8.* quas traheret per vim, & inuitas in eum casum cogeret, omnino ab eo alienas, & repugnantes, vt discursu videbimus.

13 Conatur *Rouitus difficultatem textus in leg. quidam 36. §. vltimo, ff. de donation. leg. 2. in fin. ff. de ijs, quibus vt indig. & in leg. fin. Cod. de pactis.* duabus, vel tribus vijs effugere, infœliciter tamen, & sine successu. Nam primo dicit, legem non habere locum in pactis pactum super successione filiorum, quia in patre non præsumitur votum captandæ mortis. In primis loquitur contra sententiam communem Doctorum, qui dicunt, prędictam *l. fin. Cod. de pactis*, habere locum tam in pactis factis à filijs super successione bonorum patris, quàm in factis à patre super bonis filij viuentis. Ità *Bald. in dict. l. fin. numero 5. Salicet. numero 2. Paul. numer. 5. Decius numero 17. Alciatus numero 27. Cagnolus ex numero 110. Curtius numero 13. Gozadinus numerò 16. Menchaca de successione creatione lib. 2. §. 10. num. 214. Harthman. Pistor. quaest. iur. lib. 4. quaest. 1. n. 20.* Etenim principalis ratio, cur prohibetur pactum super patrimonio viuentis, non est præsumptio voti captādæ mortis, sed turpitudo eius, qui nimium auide præmatura cogitatione solicitus est, vt disponat de bonis, ad quæ nullum ius habere potest, nisi per mortem alterius qua propter hoc pactum dicitur esse contra bonos mores, vt adnotauit *Couarruias in Rubrica de testament. 2. parte numero 50. Pistor vbi supra numero 5. Menochius consil. 92. numer. 9. & 10. libro 1. Thesaurus decision. 225. numero 6.* Et apertè continetur in *textu in dict. l. fin. & in dict. l. quidam §. fin.* vbi etiam additur festinationem istã, qua quis donat bona viuentis, in quæ succedere sperat post eius mortem, esse contra ius gentium, *nam improbrũ est, solicitum esse de viui hæreditate, vt dicebat Iulianus in l. 2. §. interdum, ff. de vulg. & pup. subst. Expendit Cagnol. in dict. l. fin. ex d. num. 10. & Menchaca de success. creat. d. lib. 2. §. 18. num. 196.*

14 Addo ego, licèt in patre non pręsumatur votum captandę mortis posse tameo timeri, & hoc significat Imperator illo *textu in d. l. fin.* qui non expressit votum captandæ mortis, sed ait *omnes huiusmodi pactiones esse odiosas, & plenas tristissimi, & periculosi euentus*, quas detestabiles, & iniquas appellauit *Pontifex in capit. accepimus 5. de pact.* Non enim considerauit Imperator, quid in hoc, vel illo singulari casu, & in hac vel illa persona præsumendum sit, sed quid possit generaliter timeri ex natura ipsa pactionum. Ideò eas Imperator generaliter prohibuit, nè timeri possit votum captandæ mortis, memor, auaritiam, & lubri cupiditatum esse radicem omnium malorum, vt ait *Paul. 1. ad Timoth. 6. num. 16.* Rectèque *Virgilius lib. 5. Æneidos versu 56.* exclamauit.

Quid non mortalia pectora cogis.

Auri

Auri sacra fames.
de qua quæstus *Anacreon* subijcit.
Pereat malè ipse primus.
Argenti amore captus.
Hoc propter, & duorum.
Amica corda fratrum.
Soluuntur, vt alter alteri.
Necem afferat cruentam.

Refert *Lambinus ad Horatium in Epodon, libro Odde 11. & Pontanus ad Virgilium vbi supra.*

15 Adijcit *Gozadinus in d.l.fin.num.17.* præsumptionem *leg. isti quidem 8.§.vltimo ff. de eo, quod met. caus.* & similes cessare, quando pater facit aliquid in præiudicium filiorum, nam tunc cessante confidentia oritur sinistra suspitio, allegat *Cepollam, & Ioannes de Platea.* Patrem autem, qui paciscitur super patrimonio filiorum viuentium sine eorum voluntate, ipsis prę̨iudicare. Et eius sententiam approbat *Sanchez*, quamuis illum non referat, *operis moralis, lib.7. cap.2. num.59. & Alciatus in d.l.fin. ex num.24. C. de pact.*

16 Accedebant in casu prædictæ *decisionis* 87. aliæ circunstantiæ. Nam tempore, quo ille D. Petrus de Acuna pactus erat cum D. Fernando de Tobar auunculo super patrimonio filię suæ viuentis in casu mortis illius contraxerat secundas nuptias, & susceperat ex secunda vxore prolem masculam, quo casu minus confidunt leges de coniugibus ad secundas nuptias conuolantibus; nam & tutelas filiorum matribus adimunt, *Auth. Sacramentum, Cod. quando mul. tut. offic. fung. poss.* & de amore erga filios dubitant, imò præsumunt, eos pręferre amorem nouorum coniugum patrimonio, & vitæ filiorum ex primo matrimonio susceptorum, *leg. lex, quæ tutores 22. ff. de administrat. tut.* ibi; *Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra fœminas immoderatas, atque intemperantes prospexit minoribus quæ plerumque nouis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.* Cum quo textu de iure Castellæ concordat *l.5. tit.16. et ibi gloss.14. l.19. eodem titul.16. & ibi glossa 6. par.6. & Menoch. de pręsumpt. libro 6. præsumption. 56.* vbi agit de præsumptione amoris patrum erga filios, *numero 23.* asseruit, sæpius contingere limitationes, & vide *Pinellum in leg.1. 1. par. ex numero 56. Cod. de bon. matern.* Quæ præsumptio, nescio cur non possit extendi, etiam ad patres secundas nuptias contrahentes. Imo patres superinducentes filijs nouercas, ita se reddunt suspectos erga ipsos filios, vt sæpè sępius denegetur ipsis filiorum priorum educatio, vt notarunt ipsemet *Rouitus decis.8. num.4. & numer.11. & 15.* & deinde *Peguera decision. 97. 1. part. Fontanella de pact. nuptialib. clausul.5. gloss. 8. part. 11. numero 31.* Cum pręsertim simus in loco, quo sępius vidimus, patres vendere filias, vt eas disparibus coniugibus collocent, vt omittamus eos, qui eorum Lenones sunt, quorum vtrumque à voto captandæ mortis, aut parum distat, aut grauius apud honestos viros censeri potest, tantum debet occasio lucri ex filiarum damno à parentibus amoueri. Confirmat exemplum apud *Apuleum Asin. Aurei lib.10.*

17 Neque verò patrem excusabat in illo casu quod considerat *Rouitus numer. 9. & 10.* maiorem fore vtilitatem patris, si filia viueret ob vsumfructum in bonis illius à lege delatum, *l.1. C. de bon. mater.* quàm esset quãtitas mille ducatorum, quam sibi in casu mortis filiæ stipulatus fuerat. Imò id ipsum maiorem patris philargiriam, & nimiorem lucri cupiditatem arguebat, qui non contẽtus licito lucro à lege delato, sperans triste euentum mortis filiæ, quem spectare leges prohibent, *leg. Inter stipulantem 83. §. sacra versic. fin. ff. de verbor. obligat.* in communis illud lucrum sibi stipulatus, volebat in omnem casum de lucro ex patrimonio filiæ esse certus, siue filia viueret, siue non viueret. Vt non omittam, non procedere absque dubio, an pater habeat vsumfructum in bonis dotalibus filij habitis ex hæreditate matris, quæ contraxit matrimonium iuxta consuetudinem Capuanæ, & Nidi, cùm ex verbis prædictæ consuetudinis, quæ referuntur ab *Afflict. decis. 237. nu.1.* videatur colligi, patrẽ nullũ ius habiturũ super dictis bonis dotalibus, sed restituturum ea integra, & absque diminutione hęredibus vxoris, ex latius deductis à *Merlino controuersiarum forensium cent. 1. cap. 29. ex num. 23*, atque ita in eo casu limitetur regula, *l.1. C. de bonis mater. & l.1. C. bonis, quæ liberis,* vt videtur significare *Fontanella de pactis nuptialibus, clausul. 4. gloss. 7. part. 3. num. 66.*

18 Adijcit *Rouitus num. 11.* secundam limitationem regulæ desumptæ ex *dict. leg. fin.* vt videlicet tunc valeat pactum super hæreditate, & patrimonio viuentis, cùm illud pactum est in consequentiam alterius pacti liciti præcedentis, & pro illius exequutione. Quam limitationem dicit esse communem, & nullum habere contradictorem, & pro ea refert *Thomam Sanchez operis moralis lib.7. cap.2. numer. 43.* ex quo audiamus limitationem: *Vltimo limitatur* (ait) *nisi alienatio hæreditatis persona viuentis veniat ex quadam necessitate in consequentiam contractus liciti præambuli, tunc enim valet, & probatur ex l. si quis seruum 24. ff. de act. empt.* & allegat omnes illos, quos allegat *Rouitus*, qui ex eo desumpsit, vt ipsemet ait. Subiungit *Sanch.* in probationẽ huius limitationis; *cuius rationẽ tradunt Alciat. & Bolognetus,* ibi; *Quia cessat præsumptio animi procurandæ mortis alterius, nec de ea solicitus esse præsumitur qui ex necessitate prioris contractus inuitus, quamuis ex culpa sua cogitur.* Hactenus *Sanchez.* Itaque in casu huius limitationis qui facit contractum de bonis viuentis, est obligatus ad faciendum, & potest compelli facere id, ad quod se per nouum contractum obligat, ex vi contractus præcedentis liciti, & validi.

19 Ego existimo limitationem verissimam, & communem, sed nullo modo posse applicari ad casum illius decisionis à quo ista doctrina est omninò aliena, & extranea. Attendat Lector, vt videat quantum possit affectus, & ęmulatio, excæcare; nimirum facit ex albo nigrum ex recto obliquum, vt dicitur de mala, & iniqua sententia.

20 Examinemus, quo modo applicetur huic casui hæc doctrina. Præcesserunt Capitula matrimonialia inter D. Petrum de Acuna ex vna parte, ex altera D. Fernandum de Tobar fratrem D. Ioanne de Tobar eius nomine, & D. Catharinam de Tobar eius matrem. Contractum est matrimonium secundùm nouum vsum Sedilis Capuanę, & Nidi, idest quasi interueniret pactum expressũ, quòd si vxor sine liberis decederet, aut liberi suscepti morerentur in pupillari ætate, vel ab intestato, dos reuerteretur ad dotantes. Data tamen facultate prędictæ D. Ioannę coniugi D. Petri disponendi ex suis dotibus solum de summa duorum millium ducatorum. Ex dicto matrimonio orta est Francisca filia prædictorum coniugum, & mortua est in pupillari ætate. Fecerat mater testamentum, in quo disposuerat de quantitate ducatorũ trium millium, videlicet de mille ducatis ultra quãtitatẽ, de qua iuxta Capitula poterat disponere. Cùmque occasione illius dispositionis orta esset contentio inter maritum, & dotantes, initus est contractus inter partes uiuente Francisca, quo D. Catharina, & D. Fernandus, in

casu

& idem *Franch.d.decis.91.in princip.* Nullum enim est verbum in dicta Consuetudine, quod id significet, & ex quo id colligi possit. Præsertim cùm idem *Franch.decis.640. numer.9.* dicat consuetudines ita esse intelligendas, vt ius commune lædant, quantò minus possent, esset verò monstruosa res si postquam hæreditas semel adita, heres desinat esse hæres, contra *l. etsi fine 8. §. sed quod Papinianus. ff. de minorib.l.ei qui soluendo 88.ff.de hæred.inst. Peregrin. de fideicom.art.5.n.16.et art.11.n.59.* Et nulla noua dispositione existente matris prædefunctæ inciperet habere nouum hæredem. Multò melius intelligitur succedi filię, quę hęreditatem matris adierat, tanquam grauatę restituere dotantibus bona ex hæreditate matris acquisita, in casu obitus abintestato sine filijs.

28 Nec quidquam valet argumentum, quo vtitur *Franchis vbi supra numer. 5.* nempè consuetudinem nobilium æquiparare casum, quòd adita sit, vel non sit adita hæreditas matris. Sed si hæreditas matris non esset adita, succederetur matri. Ergo eodem modo si sit adita hereditas: *Indignor quandoque bonus dormitat Homerus*, Respondendum est enim facillimè consuetudinem nobilium non decidere, cui succedatur, neque vllum verbum continere de successione, sed solum de restitutione dotium; & nullatenus decidere, quis debeat restituere dotes, sed quibus sit restituenda. Et sic æquiparat casum aditæ, vel non aditæ hęreditatis matris, quoad obligationem restituendi dotes, vt videlicet in vtroque casu dotes debeant restitui dotantibus: scilicet quando hæreditas non fuerit adita à filio, vel filia, restitutio fiat à marito, vel hæredib. mariti, quod relinquitur sub dispositione iuris communis; quando verò hæreditas fuerit adita, restitutio fiat ab hæredibus filij, vel filiæ. Quod euidenter colligitur ex dictis ab *Afflict.d.decis.237.numer.1.* Et quamuis dicatur, mortuis filijs in pupillari ętate considerari, ac si non fuissent in Mundo, intelligitur quoad exclusionem dotantium, aut impediendam restitutionem, vt ipsis debet fieri, nō quod alia. Idque ex eo probatur manifestè, quod si filius ille pupillus habuisset extra dotes matris alia bona, aut donatione, aut legato, aut hæreditate extranei quæsita, certè indicaretur, ac si fuisset in Mūdo. Tūc enim in illis bonis extrà dotem pater tanquam proximus agnatus succederet.

29 Adiungo nō consistere turpitudinem contractus in eo, quòd in bonis viuentis, de quibus disponitur, succedendum sit iure hæreditario; sed tale est, vt illa bona pertineat ad viuentem, & non possint peruenire ad illum, qui de eis disponit, nisi post mortem. Nam neque Ecclesiæ Clericis concedi possunt, eo tenore, quòd post eorum obitum alij nominatim succedant. Vt *in cap. accepimus 5. et ibi gloss. t. de pactis, cap. 2. & 3. de concess. præbend.* & considerat *Alciat.in d.l.fin.nu.38.et 47.C.de pact.* cum tamen in beneficijs, aut Ecclesijs non succedatur iure hæreditario *cap.præsentium 3.cap.ad extirpandas 11.de filijs presbyteror. gloss.vlt.in d.cap.accepimus.*

30 Tandem ait *Rouitus* ex alia ratione esse casum illius decisionis extrà casum, *l.fin. C. de pact.* quia dotes in quibus successerat ob obitum matris D.Ioannæ, Francisca filia, non pertinebat ad ipsam filiam iure perpetui dominij ad heredes transmissibilis, sed per mortem ipsius sine filijs erant recasuræ ad D.Catharinam auiam, & D. Fernadum patruum, quo casu ait, est valida dispositio de bonis, quæ possidentur à viuente eo ignorante, adiungit exempla de feudis, potuisset adiungere de emphyteusi, & de bonis, in quibus quis habet solum vsumfructum.

A pertinacibus, & proteruis veritas fugit. Dicendum est, bona, super quibus factus est contractus ille donationis, eo tempore, quo est contractum, iure pleni dominij pertinebant ad filiam pupillam, non ad vllum alium; quę an essent transmittenda, vel non transmittenda ad hæredes ipsius, ignorabatur eo tempore: erant enim re vera transmissibilia, vt potuit non euenire conditio, sub qua erant restituenda, & sic de illis eo tempore disponi non poterat ab vllo alio, tanquam de bonis viuentis, in quæ nullus alius habebat ius, neque habere poterat, nisi per mortem pupillæ, quo casu dispositiones super bonis viuentis probentur per *d.l.fin.*

31 Exempla autem feudi, & emphyteusis & eorum bonorum, in quo habet solum vsumfructum, sunt valdè extrà rem: quia in feudis dominus directus habet dominium directum, ob quod potest disponere ignorāte, aut inuito feudatario, & similiter dominus emphyteusis, & dominus bonorum, in quibus quis habet vsumfructum, quia dispositio, *d.l.fin.* limitanda est, vt procedat tantum in bonis viuētis, in quibus quis nullum habet ius, prętérquàm quòd post mortem alterius successione posset acquirere: Secus verò in illis rebus, in quibus etiam viuo altero ius alicui competit: vt latius prosequitur *Pistor quæst.iur.lib.4.quæst.1.num.24.et 25.* vbi adducit etiam exemplum de feudis, & est limitatio communis. At in bonis pupillę ipsa viuente nullus habebat ius aliquod præter illud, quod successione posset acquirere.

32 Et ne prętermittamus quod attinet ad legata facta fratri, & marito per D.Ioannam de Touar, excedentia quātitatem de qua poterat disponere, quæ ego iudicaui diminuenda; & *Rouitus* momordit etiam hanc sententiæ partem, adducens *decisionem 236. Vincentij de Franchis*. Dicimus, errasse etiam, *Rouitum*. Nam præterquàm quòd controuersia *in dicta decisione 236.* versabatur, an quando concurrūt legatū speciei cum legato quātitatis, satisfacienda diminutio, quæ in casu decisionis, *Rouiti* locum non habet, quia ambo legata erant quantitatis; videbantur ambo ęqualiter commendata à testatrice, quia alterum collatum erat in maritum, alterum in fratrem pro eadem ferè verba, neque magis significauit, velle se vnum, quàm alterum integrè locum habere. Illa enim verba, quæ significabant deberi D.Fernando pro exoneranda conscientia, videbantur adiecta in fraudem dispositionis capitulorum matrimonialium, in quibus solum erat illi reseruata facultas disponendi de ducatis duobus mille, & vbi non erat probatio illius obligationis nihil debebatur, nisi ex legato, argumento *leg. qui testamentum 27.ff.de probat.et text.in leg. qui vxori 19. in princip. ff.de auro, et argen.leg.* & ibi notat *Bar.* (*Paulus in l. si quis testamento 32.§.apud Iulianum num.4.ff.de legat.1.*) *Peregrinus de fideicommiss.artic.4. num.14. Merlinus de legitima libr.2.titul.1.quæst.10.numero 15.et 16. Hodierna ad l. hac edictali, quæst.37.ex num.14.* Dum verò legata excedebāt summam de qua poterat disponere testatrix, & simul se non compatiebantur, erant necessario diminuenda, & reducenda pro rata ad quantitatem, de qua poterat testari, ex elegāter congestis, & deductis à *Castillo quot.controu. lib.4.cap.51.ex num.20. Surd.de aliment.tit.8.priuileg.30. num.1.* His probatur iustitia primarum sententiarum, & reformationem earum non fuisse iustam in summa prudens consilium, *ne sutor vltrà crepidam*.

AD

AD DECISIONEM XCI.

33 OCcurrebat in eo casu difficultas circa explicationem, clausulæ indulti generalis, quæ ita habet. *Dummodò pœna, vel mulcta, vel condemnatio, realiter, exacta incorporata, assignata acceptata, vel composita non sit; aut aliter Fisco nostro pro ea cautum fuerit.*

34 Rei fuerant condemnati pro certa summa pecuniaria quæ non fuerat exacta, incorporata, acceptata, vel composita; erant verò capta pignora pro executione sententiæ; & dubitabatur, an in eo casu rei gaudere deberent indultò quod videbatur. Cùmque primò conuenissemus pro causa decidenda, & causa votari cœpta fuisset, proximum fuit, vt rei absoluerentur, & declararetur, eos debere gaudere, indulto vt significat *Rouitus, nu. 2. in fine*. Ego vero excitaui difficultatem, quod viderentur militare contra reos vltima verba prædictæ clausulæ; *aut aliter Fisco nostro pro ea cautum fuerit*. Etenim cùm pro executione sententiæ pignora capta sunt, Fisco videtur aliqualiter cautum esse, quia pignora capiuntur pro securitate executionis, & sic videntur rei excludi ab indulto. Visa est difficultas consideratione digna, & Domini reseruauerunt in alium diem causæ decisionem. Cùmque alio die 3. Septembr. 1630. iterum congregati essemus pro prædictæ causæ decisione, & illo die adducta, & ponderata essent omnia illa, quę adducit *Rouitus*, qui narrauit rem hysteron proteron, Ego non declaro, qualiter tunc votum meum protulerim: Sed nunc dico, displicere mihi decisionem, & si casus esset modo definiendus, ego dicerent reos esse absoluendos, & debere guadere indulto pro illa sententia, pro qua pignora fuerant capta. Quod probo ea fundamento, rei gaudent indulto, quando pęna in qua sunt condemnati, non est exacta, & incorporata Fisci patrimonio, vt expresse dicitur in dicta clausula in principio. Sed quando Iudex capit pignora pro executione sententiæ, pœna nondum est exacta, & incorporata patrimonio Fisci. Ergo reus in casu pignorum captorum debet gaudere indulto. Si enim illa verba; *Aliter pro ea cautum fuerit Fisco*, intelligeretur de cautione pignorum captorum in causam iudicati, repugnarent verbis prioribus, *pœna, vel condemnatio realiter exacta & incorporata non sit*, quoniam regulariter ante incorporationem, & exactionem præcedit captio pignorum in causam iudicati. Quando vero dicantur bona Fisco incorporata, habes apud *Farin. in fragment. criminal. liter. B. num. 116.*

35 Itaque ne vnus casus alteri repugnet, ad interpretationem prædictæ clausulę iuxtà mentem indulti, Ego distinguo duos diuersos casus, quibus excluduntur indultum & in quibus rei eo gaudere non debent. Primus casus est, quando facto Iudicis eo deueutum est, vt iam reus indulto non gaudeat. Et de hoc casu intelligenda sunt prima verba prædictæ clausulæ, videlicet; *Condemnatio realiter exacta, incorporata, assignata non sit*, non dicit, à quo, sed tu intellige, & supple, *à Iudice*; nam hæc omnia fiunt à Iudice inuito reo, & sine eius voluntate; Itaque vt facto Iudicis, & sine voluntate rei excludatur reus ab indulto, necesse est, vt pœna, vel mulcta sit realiter exacta, incorporata, vel assignata. Et si non eo vsque processerint acta Iudicis, ut pœnam realiter exegerit, incorporauerit Fisci patrimonio, aut eam illi assignauerit, quantumcumque pignora sint capta in causam iudicati: reus gaudebit indulto.

36 Secundus casus est, quando ipse reus suo facto se priuauit indulto; & de hoc casu intelligenda, & pro eo accipienda sunt sequentia uerba; *Acceptata, vel composita non sit* (scilicet pœna) *aut aliter Fisco nostro pro ea cautum fuerit*; non dicit à quo: Sed intellige *à reo*, quemadmodum supplendum est, illis præteritis, *Acceptata, vel composita non sit*, scilicet, *à reo*. Et sic exposita clausula nihil habet repugnans, neque absonum.

37 Si reus itaque condemnationem acceptet, non gaudet indulto, ueluti si peteret terminum ad soluendam pęnam, quia tunc intelligitur acquiescere condemnationi, *leg. ad solutionem 5. Cod. de re iudic.* dixi, suprà *1. tom. tit. 1. disput. 2. numer. 374.* aut si se componat cum Fisco, & trāsigat pęnam, uel si se obliget ad soluendam pęnam, uel præstet fideiussores, aut tradat pignora pro securitate Fisci: quod significatur per illa ultima uerba; *Aut sit pro ea Fisco nostro aliter cautum*. Et in ijs omnibus interuenire debet uoluntas rei condemnati; etenim uerbum, *Cauere, & cautio*, nudam repromissionem significat, à uoluntate promittentis ortam, *l. fancimus 3. C. de verbor. signific. l. si vt certo, §. idemque ait, ff. commodat. l. Mauia 50. in princip. ff. solut. matrim. l. Titia 134. §. idem respondit, 2. ff. de verbor. obligat.* Notat *Alciatus in l. qui pecuniam 30. num. 15. ff. si cert. petat. Caluinus in lexico, verb. Cautionis, ex Prateio, & Brissonio*, nisi adiungatur uerbum *Idoneè*, uel *recte*, uel *satisdato*, uel *cum satisfdatione*, uel *cum fideiussoribus, aut pignoribus*. Tunc enim non sufficiet nuda repromissio, sed necessarium erit adiungere fideiussorem, uel pignora, *l. 1. §. iubet, ff. de collat. bon. l. 2. ff. de fideicomm. libert. l. si mandato 59. §. vltim. ff. mand. gloss. in l. si debitori 21. verb. Competenti, ff. de indic. Barbos. in leg. si constante 25. in princip. num. 20. ff. solut. matrim. Gayl obseru. practic. lib. 1. obseru. 26. n. 6. Vtu. decis 37.* Itaq; in hoc secundo casu opus est, vt interueniat voluntas rei; ut priuetur indulti gratia. Et sic ego interpretor prædictam clausulam, quiquid aggreget in sua decisione *Rouitus*, qui non satisfacit difficultati repugnantiæ prædictæ clausulæ. Neapoli Sept. 8. die 1639.

Finis Laus Honor, & Gloria Deo.



INDEX LOCVPLETISSIMVS OMNIVM RERVM VERBORVM,

Ac ſententiarum, quæ in hoc ſecundo tomo de Iudicijs continentur.

Litera t, denotat titulum, d. diſputationem, ſ. ſectionem, n. numerum.

Argu-

Chirographum.

Christianus.

Circuitus.

Citatio.

Ciuis.

Clausula.

Clau-

Contumax.

Conuentio.

Copula.

Correctio.

Correlatiuum.

Correus.

Creditor.

I N D E X.

I N D E X.

Y 3 Datio

I N D E X.

Qui

Ex-

Feu-

I N D E X.

Hy-

I

Iactare.

Iactum retis.

Intentio.

Intentus.

Interesse.

Inte-

Iudicium.

I N D E X.

Quæ

De

Por-

I N D E X.

Etiam

Pro-

Re-

Et

Sen-

I N D E X.

Ex

I N D E X.

Vaud

I N D E X.

V.

F I N I S.

